**Processo penal eficiente: a problematização da noção de eficiência a partir da análise econômica do direito**

*Fernando Bertolotti Brito da Cunha*

Bacharel em Direito e Mestrando pela PUC-SP. Advogado.

# 1. Introdução

O objetivo do presente artigo é o de avaliar possibilidades de articulação da ideia de *eficiência* no âmbito do direito penal e processual penal, tendo em vista a construção conceitual elaborada pelo movimento conhecido como *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), desenvolvida a partir da década de 1960 nos Estados Unidos.

Mais do que mera curiosidade teórica, o interesse do tema reside no fato de que a busca por um "sistema penal eficiente" em substituição ao direito penal clássico de garantias individuais é uma marca de nosso tempo (HASSEMER, 2008).

Provas dessa conjuntura podemos encontrar tanto no campo teórico, como advento e consolidação da abordagem funcionalista do direito, como na prática forense e policial tão divulgada pelos meios de comunicação, isto é, a flexibilização de garantias processuais penais e, porque não, de direitos individuais, em benefício de uma compreensão vulgar de eficiência penal, ali entendida como incremento ou simples agigantamento da máquina de controle e punição estatal.

# 2. Olhar para o futuro: o direto penal consequencialista

De acordo com Hassemer, o atual momento em que vivemos é identificado como o ponto de ruptura histórica, com o fim do direito penal clássico e o surgimento do direito penal moderno.

Ainda de acordo com Hassemer, os problemas fundamentais a serem enfrentados por esse novo paradigma de direito penal, que pode ser resumido sob o signo da *prevenção*, são os problemas da eficácia e da expansão exagerada.

Em sentido semelhante, Wolfgang Naucke identifica essa ruptura entre o direito penal clássico e o direito penal moderno com o advento de um direito penal voltado para a prevenção geral, que, em sua interpretação, está diretamente ligado a uma instrumentalização do mecanismo penal para a promoção de valores e conformações sociais específicas.

Em síntese, ambos os autores identificam a contemporaneidade como o momento de uma mudança qualitativa na compreensão do direito penal, que deixa de ser entendido como um mecanismo de garantia do cidadão contra os abusos do poder punitivo estatal (tal como formulado na origem do direito penal clássico por Cesare Beccaria), e passa a assumir, cada vez mais abertamente, um papel de gestor social, com a utilização da pena em seu caráter de prevenção geral negativa e poder simbólico (OLIVEIRA, 2012).

A base desse novo momento, portanto, é a consolidação de um sistema penal consequencialista, no qual institutos forjados pelo direito penal clássico passam a ser instrumentalizados para atuarem como critérios positivos de criminalização. Agora, ao invés da exigência de vinculação do delito à proteção de um bem jurídico ser utilizada para evitar a criminalização indiscriminada, a noção de bem jurídico é utilizada para que se exija a criminalização de cada vez mais condutas.

Nesse contexto é que surge no âmbito da doutrina penal e processual penal a doutrina do funcionalismo penal, que, em linhas gerais, pode ser entendido por essa valorização do consequencialismo e de considerações de natureza político-criminal.

A respeito do funcionalismo, Hassemer é bastante direto:

A abordagem funcionalista apresenta fontes e formas de manifestação multifacetadas. Ela é a vestimenta do Direito moderno e esclarecido. Ela provê a reestruturação do sistema de uma orientação às fronteiras do *input* para uma orientação às fronteiras do *output*, isto é, a reestruturação dos fins da decisão, de uma orientação ao passado e ao conceito para uma orientação ao futuro e às consequências. Seu modelo é a prevenção - não só no Direito penal, mas nele, agora, com uma feição particularmente pretensiosa (HASSEMER, 2008, p. 105)

Esse consequencialismo que, no campo teórico, é representado por correntes como o funcionalismo penal, também, como não poderia ser diferente, repercute no "mundo da vida", naquele movimento de agigantamento da máquina penal e do sistema carcerário, tão conhecido de todos nós e presente no jornal de todos os dias, nas operações policias espalhafatosas, na flexibilização de garantias em favor do suposto combate ao crime.

Na teoria e na prática, as palavras de ordem são as mesmas, a saber, otimização, busca de soluções, utilidade, redução de custos, etc. Todas essas, reduzíveis a uma só: eficiência.

# 3. O discurso da eficiência nas origens do direito penal clássico

Quando falamos em direito penal clássico, imediatamente dois nomes nos vem à mente: Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.

Primeiramente, Beccaria, pai da reflexão humanista sobre o sistema penal, que, em sua obra *Dos delitos e das penas*, de 1764, construiu um arcabouço teórico e conceitual sofisticado para criticar duramente o complexo punitivo então instalado pela elite da época.

Já no século XVIII, portanto, Beccaria ou certo renome, tendo seu trabalho reconhecido expressamente por Voltaire, ao levantar-se contra os castigos cruéis e procedimentos sumários promovidos pelas autoridades da época.

O argumento levantado pelo pensador milanês, contudo, encontrava seu fundamento em um valor a todos nós muito comum: a eficiência. De acordo com Beccaria, todo ato de autoridade exercido sobre um homem sem *necessidade* é um ato tirânico, isto é, não há fundamento místico ou moral para a pena, que só se justificará se for socialmente útil (ANITUA, 2008, p. 162).

Isso porque, como a doutrina reconhece hoje, o trabalho de Cesare Beccaria é um amálgama de contratualismo e utilitarismo, e são os cálculos de eficiência utilitaristas que se encontram no âmago de sua defesa de uma reforma do sistema penal.

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que 'é melhor prevenir delitos que castigá-los'. Não se subordinava à ideia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava-se a ideia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e a sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a *eficácia* e *certeza* da punição. Nunca admitiu a vingança como fundamento do *ius puniendi* (BITENCOURT, 2015, p. 84).

Ao classificar Beccaria como *utilitarista*, Bitencourt faz menção indireta a Jeremy Bentham, fundador do utilitarismo, outro pensador que refletiu sobre o sistema penal ainda nos primórdios daquilo que ficou conhecido como pensamento penal clássico.

Bentham, assim como Beccaria, propôs-se a repensar o sistema penal sob a ótica de sua eficiência. Novamente, não se tratava de avaliar o sistema a partir de qualquer conceito de justiça absoluto, daquilo que depois ficou conhecido como matriz kantiana, mas, pelo contrário, tratava-se de avaliar a partir de sua utilidade ou capacidade para prevenir a ocorrência de novos delitos. Nas palavras do próprio Bentham:

O negócio passado não é mais problema, mas o futuro é infinito: o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena (BENTHAM, 1834, p. 288).

Em síntese, portanto, o que se percebe é que a reflexão sobre o direito penal, desde os primórdios, já trabalhava com noções como utilidade e eficácia, em um registro de análise consequencialista. A partir daí já não estamos muito longe de um conceito mais maduro de eficiência.

# 4. O discurso da eficiência na discussão jurídica contemporânea: a análise econômica do direito

Quando se fala em questões de análise consequencialista ou de eficiência no direito penal contemporâneo, a primeira referência que nos vem a mente é a do pensamento funcionalista de Roxin e Jakobs, já mencionado acima.

Ocorre que, também no pensamento jurídico contemporâneo, ainda que não adstrito ao direito penal, uma outra corrente ganhou grande repercussão ao discutir a noção de eficiência no direito penal norte-americano, corrente que muitas vezes é esquecida nos principais debates sobre o assunto no Brasil e na Europa continental.Trata-se, com efeito, daquela escola ou movimento que ficou conhecido como *Law and Economics* ou, se preferir, Análise Econômica do Direito (AED).

A AED teve origem em 1940 na Universidade de Chicago, Estados Unidos, a partir do trabalho de um professor de economia, Aaron Director, que começou a estudar e desenvolver modelos para aplicação de conceitos e argumentos econômicos a análise de casos e problemas jurídicos.

Em um primeiro momento, a AED se restringiu a questões jurídicas atinentes a matérias de natureza mais propriamente econômica, como questões de direito comercial e direito antitruste, de forma que apenas na década de 1960, com o trabalho dos professores Gary Becker e Richard Posner, passou a ser aplicada a outros campos do direito, chegando propriamente ao campo do direito penal.

O trabalho de Posner publicado em 1973, *Economic Analysis of Law*, ficou marcado como o principal texto de introdução, apresentação e difusão da análise econômica do direito e serviu como manual para divulgação dos principais conceitos e construções teóricas dessa linha de pensamento jurídico-econômica.

Nessa obra, Posner lança mão de categorias econômicas para elaborar uma teoria descritiva dos institutos jurídicos, considerados como resultados da busca de maximização de felicidade pelos indivíduos e, nesse sentido, devendo ser analisados justamente a partir de sua eficiência para obter a maximização da felicidade para o maior número de pessoas, muitas vezes identificada com a maximização da produção de riquezas.

De uma maneira geral, a análise econômica do direito revela-se em aspectos positivos e normativos, por um lado descritiva, ao se ocupar de descrever e tentar prever o comportamento dos agentes do sistema jurídicos (em especial dos juízes), bem como descrever aspectos institucionais dos procedimentos normativos na prática cotidiana, por outro normativa, como revisão crítica desses procedimentos e do tipo de operador do direito por eles criado, crítica que, nesse registro, se funda na noção de eficiência.

Na prática, as linhas gerais da análise econômica do direito podem ser sintetizadas em três pontos fundamentais, a saber, (i) o oferecimento de um modelo teórico para a explicação do direito em sua totalidade; (ii) o pressuposto do ser humano como agente racional que toma suas decisões baseado em um cálculo de custo e benefício (premissa comum ao utilitarismo benthaniano); e (iii) a aposta na construção conceitual de um critério inteligível que permita avaliar as instituições jurídicas como boas ou ruins (a eficiência) (ALVAREZ, 2006).

Em suma, a proposta da *Law and Economics* é a de fornecer modelos o mais objetivos possíveis para nos permitir aferir se o balanço de custos e benefícios oferecido pelo sistema penal favorece a redução da criminalidade nas ruas, isto é, aferir se se trata de um direito penal eficiente. Nesse contexto, o direito penal se tornaria espécie de gestor social, devendo trabalhar no incremento das penas (custos) ou redução dos benefícios associados à criminalidade, a fim de tornar a prática criminosa desvantajosa e, assim, afastar os indivíduos do crime.

Se em um primeiro momento esse equacionamento da questão criminal pela AED parece simples, e até simplório, o que se deve ter em vista, e o que é justamente o mais interessante do pensamento trazido por essa corrente economicista, é justamente a problematização do conceito de eficiência na esfera do direito penal e do processo penal, que nos permite aprofundar o debate a respeito do que entendemos (e o que devemos entender) por um sistema penal eficiente.

Essa problematização que nos parece tão interessante, surgiu da percepção, por parte dos teóricos da AED, de que as categorias conceituais e a gramática da economia não se ajustavam de maneira absolutamente perfeita aos valores e conceitos em jogo no sistema penal (SÁNCHEZ, 2004).

Isso porque o que se viu é que valores essenciais ao direito penal, como liberdade, integridade física e dignidade humana simplesmente não são passíveis de quantificação, isto é, não aceitam uma conversão pura e simples para valores matemáticos. Se por um lado era possível quantificar (ainda que também de maneira em algum sentido insuficiente) os "benefícios" de determinado sistema penal, com estatísticas de crimes registrados, de sensação de segurança pela população, etc., o que se verificou é que a conta dos "custos" do sistema penal era absolutamente irrealizável. Afinal, como quantificar o "custo" de uma privação de liberdade perpétua, da pena de morte ou mesmo da sujeição a um procedimento processual penal degradante?

Para enfrentar essa questão, a doutrina propõe basicamente dois caminhos: uma solução externa e uma solução interna (SÁNCHEZ, 2004). Por solução externa, denomina-se a solução segundo a qual o juízo de eficiência deveria ser limitado por princípios e valores a ele transcendentes, aos quais não lhe seria permitido ultrapassar. Por solução interna, chamamos a solução segundo a qual esses valores "inquantificáveis" deveriam ser introduzidos na equação de custo e benefício, ainda que não de maneira matemática, em uma solução em algum sentido próxima da ponderação proposta por Robert Alexy.

Na primeira solução, faz-se primeiro o cálculo de eficiência considerando-se apenas os valores economicamente quantificáveis (gastos financeiros do estado, estatísticas de redução da criminalidade, estatísticas de sentimento de segurança, número de delitos registrados, estatísticas de reincidência, etc) e, em um segundo momento, a proposta "mais eficiente" de acordo com esses primeiros critérios é submetida ao crivo dos valores constitucionais. Em outras palavras, as soluções obtidas, ainda que objetivamente mais eficientes, devem respeitar a dignidade humana e os princípios constitucionais, sob pena de não serem aceitas.

Pela solução interna, por outro lado, esses valores constitucionais são trazidos para dentro do cálculo de eficiência, ora como custos, ora como benefícios, fazendo com que o modelo se adapte para abrigar custos e benefícios de ordem social, ética ou moral. Assim, a proposta de um processo penal flexibilizador de garantias processuais traria custos para valores como a presunção de inocência e o devido processo legal que deverão ser levados em conta para saber se os benefícios oferecidos são suficientes para justificar a opção.

Em ambas as "soluções" o que se nota é um afrouxamento da exigência de objetividade e certeza matemáticas próprias do projeto da *Law and Economics* a fim de permitir a relação da eficiência com os princípios constitucionais. E justamente nisso que residem as principais críticas a esse modelo, ora por abrir mão da objetividade, ora por forjar uma objetividade incompatível e até mesmo atentatória aos valores da Constituição.

De toda forma, fato é que o resultado dessa discussão que colocou em xeque a capacidade da análise econômica do direito de lidar com problemas que envolvam princípios assegurados na Constituição permitiu que se amadurecesse e em algum sentido se consolidasse a compreensão de que, ainda que isso seja um problema espinhoso, a ideia de eficiência no processo penal e no sistema penal como um todo deve, necessariamente, ser harmonizada, em alguma medida, com os valores da dignidade humana e os princípios assegurados pela Constituição. É dizer, um processo penal que desrespeite esses valores e princípios é, por definição, um processo penal ineficiente - ao menos no sentido de eficiência compatível com o estado democrático de direito em que vivemos.

# 5. Conclusão

Ainda que não sirva para fornecer uma resposta pronta e fácil para o problema, é necessário que não se menospreze a conclusão a que se chega na análise econômica do direito de que esse problema da consideração da dignidade humana e dos valores constitucionais é absolutamente incontornável para a definição de um conceito de eficiência do sistema penal.

A partir disso, caem por terra o fundamento daqueles que pretendem defender a hipertrofia do sistema penal sob o argumento de que aí se trataria de um sistema eficiente, apesar de eventuais violações a direitos e garantias individuais. O conceito de eficiência requer detida análise de custos e benefícios, e não apenas de benefícios, de forma que parece certo afirmar que um sistema penal violador de garantias simplesmente não é, por definição, um sistema penal eficiente.

Exemplo de uma questão espinhosa que suscita os questionamentos aqui levantados é o problema da pena de morte. Se por um lado há estudos que apontam certa eficiência do poder de prevenção geral negativa da pena capital (SÁNCHEZ, 2004), em que medida sua aplicação é vedada pelos princípios da dignidade humana - seja ela sopesada como um custo elevado (solução interna), seja ela valorada como uma determinação intransponível (solução externa)?

O mesmo questionamento está no âmago das mais diversas discussões a respeito das garantias do processo penal: em que medida, em nome da "efetividade" da resposta penal, é possível a validação de provas ilícitas, tal como pretendido pelo Ministério Público Federal em suas medidas contra a corrupção? e a validação de escuta ilegal, a prisão preventiva como chantagem, a inversão do ônus da prova em matéria penal, a teoria do domínio do fato à brasileira, etc.

Mais do que levantar um debate entre garantismo *versus* eficiência, o que se pretende aqui é justamente questionar em que medida essa flexibilização dos valores constitucionais é propriamente eficiente, isto é, apontar para o fato de que os defensores dessas pautas de recrudescimento do sistema penal em nome da eficiência trabalham como se a ideia de eficiência fosse algo dado, como se eficiência fosse simplesmente o incremento da máquina punitiva. Afinal o que se está chamando aí de eficiência? Eficiente para que(m)?

Trazendo a eficiência de volta para o registro democrático em que nos encontramos, é a lição de Jesus-María Silva Sánchez:

De minha parte, e ainda que pese o dilema apresentado nas páginas anteriores, inclino-me por aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. Todavia, isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura deste juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seus seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível "sair" da ideia limitada de eficiência (impraticável neste ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um os direitos ou princípios de garantia jurídico-penais: quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação" (SÁNCHEZ, 2004, p. 67)

Continuando seu raciocínio Silva Sánchez nos lembra uma obviedade que parece às vezes esquecida, a de que o processo penal e o sistema penal como um todo foram criados para servir o homem, e não o homem para alimentar o sistema penal.

Essa constatação deve, necessariamente, servir de alerta para aqueles que, de uma maneira ou de outra, advogam a pauta da suposta eficiência penal irrestrita, sejam adeptos do funcionalismo ou de um discurso punitivista mais cru. Quais são os custos com os quais estamos arcando em nome desses supostos benefícios? Em que medida o desrespeito ao processo penal garantista e, consequentemente, a todos os valores constitucionais por ele assegurados é um custo que nos autoriza chamar um processo penal que assim o faça de processo penal propriamente eficiente? Mais do que trazer respostas, o debate levantado no âmago da análise econômica do direito convida à reflexão.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações *in* Revista Direito, Estado e Sociedade. Vol. 9, n. 29, p. 49 a 68 - jul/dez 2006

ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HASSEMER, Winfried. Direito penal: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2008.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o Pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Eficiência e direito penal. Barueri, SP: Manole, 2004.