Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

A EFICIÊNCIA NAS CIÊNCIAS PENAIS: (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

EFFICIENCY IN CRIMINAL SCIENCES: (IM)POSSIBILITY OF APPLICATION

Artigo submetido em 06 de março de 2023
Artigo aprovado em 21 de março de 2023
Artigo publicado em 31 de maio de 2023

Cognitio Juris
Ano XIII – Número 46 – Maio de 2023
ISSN 2236-3009

Autor:
Débora Dalila Tavares Leite[1]
Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato[2]

RESUMO: Este artigo trata do princípio da eficiência. Buscamos entender, em um primeiro momento, se é possível que ela seja aplicada no processo penal. E ao vislumbrarmos que sim, refletiremos sobre a sua influência, bem como sobre o seu papel como um princípio mesmo ou, simplesmente, como um critério de legitimação. Faremos isso a partir da visão dos dois autores que serviram de eixo para essa pesquisa: Miguel Tedesco Wedy e Jesús-Maria Silva Sanches. Por fim, registraremos que o tópico da dignidade da pessoa humana nunca pode ser olvidado em debates como esse.

Palavras-chave: Eficiência penal, análise econômica do direito, onto-antropologia.

ABSTRACT: This article deals with the principle of efficiency. We seek to understand, at first,

if it is possible for it to be applied in criminal proceedings. And when we glimpse that yes, we will reflect on its influence, as well as on its role as a principle itself or, simply, as a legitimation criterion. We will do this from the point of view of the two authors who served as the axis for this research: Miguel Tedesco Wedy and Jesús-Maria Silva Sanches. Finally, we will note that the topic of human dignity can never be forgotten in debates like this one.

Keywords: Criminal efficiency, economic analysis of law, onto-anthropology.

1 INTRODUÇÃO

Como nos fala Castanheira Neves (NEVES, 2010, pp. 05 e ss.), e fá-lo bem: "Quando se multiplicam os fatores de instabilidade e os sinais de desordem, vivencia-se um ambiente extremamente crítico à estreiteza de um estatuto meramente dogmático formal, caracterizado por uma racionalidade axiomática e por um *féttichisme de la loi écrite et codifee*, não só fortemente precário, mas também irremediavelmente lacunoso".

Um ambiente que, de acordo também com Costa Andrade (ANDRADE, 2008, pp. 33 e ss.): "São postos com a indisfarçável síndrome de Babel. Vêm pulverizados e dispersos em diferentes sistematizações e rubricas, não reveladoras da forma como devemos nos afastar, com segurança e cautela, daquele período tido sob a égide de Apolo. Ou, dito de um modo diferente, daquele horizonte em que as soluções emergem como definitivamente decantadas, sedimentadas e em equilíbrio, vivenciando, por outro lado e mais ao fundo, os tempos de Dionísio".

E, diante do que nos coloca esses dois fortes doutrinadores, pode-se afirmar ser este o contexto em que a eficiência vem sendo vislumbrada como apta a conduzir as ciências criminais para um caminho que nos leve a um porto mais justo e pacífico.

Porém, indague-se: qual a eficiência que deve ser buscada?

Seria a eficiência como um princípio?

Como um fim em si mesmo?

Como um critério de legitimação?

Até que ponto é mesmo possível ou viável a eficiência nas ciências criminais?

Eis os pontos a serem discutidos nesta narrativa!

Todos envoltos na ideia de se entender o papel da eficiência na esfera penal.

Por lógico, sempre a partir da tríade da sustentabilidade[3], com o fim de que o crime seja um mal em crescente redução na sociedade.

Assim, nossa abordagem metodológica usará o método dedutivo, partindo de enunciados gerais, principalmente das considerações sobre a eficiência desenvolvidas pelos dois autores que usaremos como eixo dogmático central deste trabalho: Jesús-Maria Silva Sanches e Miguel Tedesco Wedy.

Ao lado deles buscaremos chegar ao fim almejado de entendê-la no contexto jurídico-penal.

Por outro lado, quanto à natureza metodológica, a pesquisa foi qualitativa.

Já no que se refere aos objetivos, a nossa pesquisa foi exploratória, eis que buscou tornar mais explícito o tema. Quanto à técnica, fizemos uso de uma pesquisa bibliográfica, como não é incomum de ocorrer nas pesquisas jurídicas, objetivando nos aprofundarmos na bibliografia, doutrina, jurisprudência e artigos científicos já tornados públicos em relação ao tema de estudo.

Por fim, o presente artigo será dividido em sete seções, onde a primeira e a última tratam da introdução e considerações finais, respectivamente.

Na segunda, antes de adentrarmos na discussão em si, buscaremos explicitar a “análise

econômica do direito".

Será por meio dessa "análise" que tentaremos aclarar o debate.

Tudo isto, para na terceira seção nos debruçarmos sobre as considerações de Jesús-Maria Silva Sanches, verificarmos que ele a considera com aptidão para produzir efeitos na esfera penal.

No mais, na quarta seção, baseados na doutrina de Miguel Tedesco Wedy; enfrentaremos a missão de compreender a eficiência como um critério de legitimação do direito penal.

Não temos dúvidas de que será a partir do contexto encontrado, na quinta seção, que apresentaremos a eficiência nas ciências penais, concluindo que, em que pese não haver critério de maximização de riqueza que atinja a essência das ciências criminais, é possível encontrar-se apoio na concepção matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo de José de Faria Costa para a entender na esfera penal, sem jamais olvidar da dignidade humana.

2 EM MATÉRIA PENAL, A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PODE CONDUZIR A EFICIÊNCIA?

A "análise econômica do direito" surgiu nos Estados Unidos, no começo da década de 60, no âmbito do direito privado, alicerçada na Economia[4].

Já ao final desses anos 60, como nos lembra Cristiano Carvalho (2018, posição 662), o economista norte-americano Gary Becker amplia o campo de atuação da escolha racional a áreas não apenas de economia, como criminalidade, política, casamento e outras.

O seu colega de universidade, o jurista Richard Posner, vem a se afamar como o nome mais conhecido no campo interdisciplinar *law and economics* (ou "análise econômica do direito").

Mas, para além do pensamento econômico, ele se notabilizou por fazer ecoar tal pensamento

para diversas áreas do direito, incluindo o direito penal.

Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 92) destaca que a "análise econômica do direito" possui a eficiência econômica como elemento preponderante para a verificação da legitimidade jurídica. E, nestes moldes, entende que a eficiência em direito penal não alcança a legitimidade devida se for vista apenas por este prisma.

N'outro norte, Silva Sanches (2004, p. 34) destaca que não se deve olvidar da racionalidade valorativa, pois as decisões humanas nem sempre prezam por considerações de pura utilidade: "a crítica que se dirige à perspectiva da análise econômica é por sua redução da racionalidade humana a uma racionalidade utilitária, instrumental, por alguns denominada *Zweckrationalitat*, negando toda relevância à *Wertrationalitat*, à racionalidade valorativa".

Nesta linha de raciocínio, Silva Sanchez entende que há situações em que o descumprimento das normas ocorre tanto por ser atrativa sua infração, como por evidente falta de sanção.

No Brasil, a "análise econômica do direito" é o movimento acadêmico interdisciplinar que mais tem crescido[5]; sua influência tem alicerçado decisões judiciais nos diversos tribunais do país, *verbi gratia*, o Supremo Tribunal Federal, onde, na ementa do Acórdão que julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167, há menção à "análise econômica do direito":

(...) A observância dos precedentes quase decenários, compreendidos na análise econômica do Direito como um estoque de capital, constitui componente fundamental de uma ordem jurídica funcional, máxime porque facilita a aplicação e operação do direito pelos magistrados e jurisdicionados, bem como norteia a atuação de todos os membros da sociedade, conferindo a necessária segurança jurídica. (STF, 2018)

Há, também, julgados do Superior Tribunal de Justiça[6] no mesmo norte, onde, sob o prisma da "análise econômica do direito", foram consideradas as consequências práticas da decisão

tomada.

Assim como de diversos tribunais de justiça estaduais e federais, a exemplo: Agravo de Instrumento 0800305-26.2021.8.10.9001 (TJMA, 2021), Agravo de Instrumento 5741770-09.2020.8.13.0000 (TJMG, 2021), Apelação Cível 1086219-29.2019.8.26.0100 (TJSP, 2021), Apelação Criminal 0507449-50.2018.4.02.5101 (TRF 2ªR, 2020), Apelação Cível 0037962-52.2020.8.21.7000 (TJRS, 2020).

Por outro lado, há de se ver que sem descuidar da crescente importância que a "análise econômica do direito" vem assumindo hodiernamente, nas ciências penais, não há consenso sobre ela poder, ou não, conduzir a eficiência.

Daí, como desbravaremos a seguir, há autores que defendem a possibilidade de aplicação da "análise econômica do direito" na esfera penal, concluindo ser ela eficiente a levar a eficiência como um critério legitimador.

Outros, entretanto, entendem ser inaceitável a ideia de eficiência em direito penal a partir dela, posto que ela tem por base e se restringe a critérios meramente econômicos.

3 EFICIÊNCIA PARA JESÚS-MARIA SILVA SANCHES

O autor espanhol busca, em sua obra específica sobre o tema[7], ajustar a eficiência econômica a um direito penal que não despreze direitos e garantias.

Como nos lembra, dizer que o direito é poder e, para tanto, aí já estaria legitimado, seria superar o (insuperável) argumento de que a *potestas*, por si só, não é constitutiva de qualquer juridicidade, ao menos, enquanto não ofertar – ao seu lado – coerentes argumentos de validade (há quem diga, até, do contrário, de ser a legitimidade da coerção, o que deriva do direito, desde que se veja essa, como uma ordem intrínseca ao homem e a sua natureza de "ser-aí-com-os-outros")

Com outras palavras, Silva Sanches reconhece que, quanto à “análise econômica do direito”, nascida das correntes utilitaristas (movimento *law and economics*), deve-se observar que, apesar de a “análise econômica do direito” apresentar inovações significativas[8], há quem sustente que o sistema de direito penal teria configuração fechada e, por isso, considerações sobre eficiência não teriam vez sob esse prisma.

Destaca que conteúdos econômicos muito precisos são a base das reconhecidas teses de autores como Bentham, Beccaria ou Feuerbach, e nos remete à declaração conclusiva de Gary Becker:

Para que o leitor não se assuste pela aparente novidade de que a conjuntura ‘econômica’ pode induzir ao comportamento ilegal, cabe lembrá-lo de dois importantes estudiosos da criminologia, durante os séculos dezoito e dezenove, Beccaria e Bentham, os quais aplicaram explicitamente fórmulas econômicas. Infelizmente, tal abordagem perdeu o prestígio durante os últimos cem anos, e meus esforços podem ser vistos como uma ressurreição, uma modernização, e assim espero que haja um aprimoramento desses estudos tradicionais e pioneiros. (SILVA SANCHES, 2004, p. 3)

Silva Sanches vislumbra aí a dificuldade para se conciliar cálculos de custo e benefício com os princípios de liberdade, dignidade ou proporcionalidade.

Assim, partindo da constatação de que o crime é um ato ineficiente, Jesús-Maria Silva Sanches entende que seja preciso buscar sua redução, o que geraria, em consequência, uma maior eficiência no sistema penal.

Silva Sanches enxerga o delinquente como sujeito racional, que calcula os custos e as vantagens de suas ações.

Vantagens configuradas tanto no aumento patrimonial da riqueza como no seu próprio bem-estar psíquico.

Com outras palavras, Silva Sanches (2004, p. 16) enfatiza que alguns autores como, por exemplo, Hassemer, discorrendo sobre o tema, reprova a rigidez jurídico-racionalista da ideia preventiva geral, a qual desampara a 'irracionalidade' fática das pessoas.

Hassemer, segundo Silva Sanches, articula que a teoria da prevenção geral almejaria um *homo economicus* (um homem que, em geral, é inexistente), já que supõe um sujeito que, antes do cometimento do delito calcularia os inconvenientes e as vantagens de seu ato.

De acordo com Hassemer, diante da sanção penal prevista abstratamente, assim como da possibilidade de execução da pena, esse sujeito (verdadeiro *homo economicus*) verificaria que não compensa a infração.

Ora, diverso disso, muitos autores concluem que há fatores outros[9] que incidem no comportamento delitivo, como o risco de ser descoberto e processado, *verbi gratia*.

Daí o mesmo Jesús-Maria Silva Sanches pontua que, ainda que se aceite que o indivíduo calcule tão somente ser ou não descoberto, já se está aceitando que cálculos foram feitos e, em consequência, o princípio da eficiência se faz presente.

Nesse aspecto, o autor espanhol começa a defender a possibilidade do emprego da "análise econômica do direito" na esfera penal, com reconhecimento da aplicação do princípio da eficiência como sendo eficaz dentro do sistema jurídico-penal.

Ele cita como fórmula de um direito penal eficaz, a seguinte máxima: "por um lado, haveríamos de impor ao delinquente custos adicionais, de modo que o custo esperado do delito seja para ele superior às vantagens esperadas com a prática delinquente" (SILVA SANCHES, 2004, p. 38).

E prossegue destacando efeitos radicais e intoleráveis na tese que não aceita a racionalidade do delinquente[10], como a inocuidade das sanções.

Silva Sanches expressa que seria desnecessário cominar sanções improfícuas que não seriam consideradas por quem não as sopesa em sua tomada de decisões.

Retomando a necessidade de redução do delito (uma vez que se trata de ato ineficiente), Jesús-Maria Silva Sanches (2004, p. 25) menciona que a sociedade dispõe de diversas linhas de atuação, como: a prevenção fática, impedimento dos delitos; a inocuização dos sujeitos que cometem os delitos; o modelo de prevenção geral por normas.

Este, para o autor, o mais eficaz.

Até porque não nos restringiria necessariamente a uma prevenção geral por normas restritamente penais, até por serem essas, mecanismos mais custosos do que as normas que advém de outros ramos do direito como o civil ou o administrativo, só para citar os dois outros ramos que normalmente aparecem como reparadores de determinadas ofensas ao estado de direito.

Para Silva Sanches passaria aí o direito penal a ser algo secundário ou possível de ser visto como algo até secundário[11].

De fato, dentro das normas penais, verifica-se que os custos do delito para o delinquente não são dados diretamente pela gravidade da pena (se assim o fosse, bastaria prever pena de morte para todos os delitos), mas também pela probabilidade de ser descoberto e punido.

Tal assertiva é atribuída a Cesare Beccaria, que ressalta a respeito da punição, ainda que menor, sendo certo, ser mais eficiente:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade (BECCARIA, Edição do

Kindle, posição 613-615).

E mais: é preciso considerar, ainda, o alto custo das prisões.

E, portanto, há de preferir-se medidas punitivas que produzam as mesmas vantagens, mas com menos custos.

De forma que, para uma eficiência na punição, obtém-se penas alternativas à pena privativa de liberdade – que deveriam ser reduzidas aos casos imprescindíveis.

Nesse sentido, Jesús-Maria Silva Sanches (2004, p. 43) discorre sobre a centralidade da pena de multa dentro de um sistema de sanções derivado de uma abordagem econômica do direito penal, a qual é acompanhada da possibilidade de reparação do dano dentro do processo penal.

Para o autor espanhol, as alternativas às penas privativas de liberdade conduzem à prevenção especial na "análise econômica do direito".

D'outra banda, concernentemente à prevenção geral positiva, o autor destaca como característica da legislação moderna a crescente adoção de instrumentos jurídicos-penais.

Estes, entretanto, apenas aparentemente seriam eficientes, "incidindo unicamente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança" (SILVA SANCHES, 2004, p. 54).

E, ao final, tornar-se-iam exemplos de direito ineficiente, já que os custos supostamente inferiores não produziriam qualquer vantagem real.

Ou seja, Jesús-Maria Silva Sanches (2004, p. 55) coloca, de um lado, o princípio da eficiência; do outro, as garantias do direito penal.

E questiona se estas podem ser acolhidas por aquele.

Em caso negativo, se seria possível limitar a eficiência por outros princípios externos.

Ele retoma que, para a "análise econômica do direito", a eficiência, de fato, prevalece sobre outros fins jurídicos; mas, o direito penal é englobado por tal noção de eficiência na medida em que é a *ultima ratio*.

Sua subsidiariedade o conduz a cálculos de custo e benefício para que haja, ou não, sua utilização.

Reconhece o autor, outrossim, que, na prática, a utilização do cálculo custo-benefício como o princípio necessário e suficiente da legitimação do direito penal expressa dificuldades; mas pode ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva estatal.

Ao fim e ao cabo de suas considerações, Jesús-Maria Silva Sanches (2004, p. 68) trata do limite ontológico, pondo o homem como foco de qualquer construção normativa.

E, argumenta que, com o princípio da eficiência, não haverá de ser diferente, fazendo-se *mister* que ele seja tratado não como um fim em si mesmo, mas como um meio, cujo horizonte é a pessoa.

4 EFICIÊNCIA PARA MIGUEL TEDESCO WEDY

Será a partir da tese de doutoramento[12] de Miguel Tedesco Wedy, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que buscaremos entender a sua doutrina sobre a eficiência em direito penal e em direito processual penal.

Este autor busca demonstrar que a eficiência passa a ser uma ideia legítima e legitimadora dentro do direito penal e do direito processual penal somente a partir de um pensamento ontoantropológico, com a recolocação do homem na centralidade.

Antes, entretanto, de adentrar no contorno que entende cabível para um critério de eficiência

nas ciências penais, ele busca afastar a eficiência econômica e a funcional de tal mister.

4.1 EFICIÊNCIA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Concernentemente à "análise econômica do direito", Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 90) verifica que esta tende a escolher a eficiência econômica como um elemento preponderante para a verificação da legitimidade jurídica.

Mas, tal escolha importa em uma redução.

Assim como também é um arrefecimento transpor a realidade do sistema econômico para o sistema jurídico sem maiores indagações.

Wedy destaca que a eficiência, hodiernamente, é tida como um valor, chegando a ser um princípio em diversos ordenamentos, como no Brasil, onde é um princípio constitucionalmente previsto para a administração pública.

Na verdade, o autor apresenta o ponto de vista de Alfonso Parejo (WEDY, 2016, p. 93) acerca de a eficácia (e não a eficiência) ser um princípio jurídico de atuação da administração pública em alguns países.

Neste diapasão, fala sobre a "a necessária legitimidade que deve estribar a atividade estatal ser alcançada pela eficiência na resolução dos problemas sociais".

Em resumo, o jurista brasileiro acentua que, por vezes, atualmente, o centro de legitimação deixa de ser posto no homem para ser colocado na eficiência.

E, desta forma, não alcança a legitimidade devida.

Como exemplo, menciona o caso dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os quais têm ocasionado "uma série de abusos, como uma evidente pressão dos órgãos do Ministério Público e do próprio Judiciário para a realização de acordos,

por intermédio dos quais se abstrai qualquer conteúdo de Justiça" (WEDY, 2016, p. 95).

Claro que, apesar dos pesares, o autor reconhece o impacto do pensamento econômico no campo jurídico penal.

Não se espera que uma sociedade tolere um direito penal de todo ineficiente.

Mas, de igual modo, indaga se o que se espera é a eficiência econômica.

Wedy menciona que, com o foco em chegar-se à eficiência, para a "análise econômica do direito", a função do Direito Penal seria criar custos adicionais para as infrações cometidas.

Isto é, majorar penas e a probabilidade de imposição das sanções.

Contudo, esse autor ressalve que o que se verifica é o contrário.

Pondera que, a partir de dados estatísticos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional do Brasil, vê-se que, após a edição da Lei nº 8.072/90 (Lei de crimes hediondos), que prevê asseveramento de tratamento aos acusados, a quantidade de crimes aumentou (WEDY, 2016, p. 99).

Assim é que o autor expressa que a solução não é reduzir o problema criminal a um cálculo de custo-benefício; se assim o fosse, bastaria que, para todos os crimes, fosse prevista a pena de morte (WEDY, 2016, p. 103).

Na realidade não é assim que se chegará ao dito bom porto.

Jamais espera-se, por exemplo, de um criminoso passional que tenha havido prévio cálculo de custo e benefício ao cometimento do delito.

Muito embora, a "análise econômica do direito" apresente qualidades que merecem ser ponderadas: a) eleva a ideia de eficiência; b) aporta à ideia de atuação *ex ante* do direito,

ligando-se aos crimes de cuidado-de-perigo.

Ressalte-se que, para o autor, não é a eficiência econômica capaz de legitimar o direito penal.

Para que este seja legítimo, deve proteger os bens jurídicos e buscar a justiça e a paz jurídica, a partir do ponto de vista ontoantropológico.

De acordo com Wedy (2016, p. 109), para além do matiz explicito de eficiência desenvolvida pela "análise econômica do direito" há uma outro, mais implícito, que embasaria a concepção de direito penal de Jeremy Bentham e Cesare Beccaria.

O pensamento desses dois, segundo entende Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 116), não oferece base para a eficiência vislumbrada pela "análise econômica do direito"; há até semelhanças e alguns pontos de contato, mas só.

De acordo com Wedy, para Bentham a missão dos governantes é a promoção da felicidade da sociedade, vislumbra que somente se deve infligir punição quando ponderada sua necessidade.

E, uma vez constatada a necessidade, surgiriam quatro objetivos, estes sim, com cariz utilitarista e geradores de possíveis reflexos econômicos, a saber:

a) evitar crimes;

b) caso inevitáveis, que seja cometido o crime menos pernicioso;

c) se praticado o crime, que o prejuízo seja o menor possível;

d) que o prejuízo que o legislador busca evitar seja o menos custoso possível (WEDY, 2016, p. 113).

Ora, após destacar tal matiz utilitarista de Bentham, Wedy passa a traçar o mesmo perfil em Beccaria, afirmando, de pronto, que a eficiência economicista também não faz parte do raio de visão dele.

Verifica que, apesar de apresentar alguma característica utilitarista, sua obra não pode se resumir a tal enfoque, já que o seu pensamento é dono de outros critérios mais aproximados com rudimentos de Justiça.

Beccaria, lembrado por Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 117), adiante do utilitarismo, prega que a pena deva ser regida por critérios de necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade.

Nisto se verifica o caráter equitativo da pena – sua feição humana que não se coaduna com a eficiência garantista.

Por fim, no que concerne à eficiência pregada pela "análise econômica do direito" capaz de legitimar as ciências penais, Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 118) resvala na prevenção geral negativa com o fim de reforçar a sua ideia de que a eficiência que se deve buscar não é a de matriz econômica.

Tendo por nascedouro a prevenção geral negativa, a eficiência da pena e do direito penal seria a diminuição da criminalidade, por intermédio de efeitos preventivos.

A pena seria a causa intimidadora. Embora Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 121) explicite que a prevenção geral negativa carece de comprovação empírica sólida, pois não há como se saber sobre a eficiência preventiva geral das penas.

E, assim, finda por apontar que a construção da eficiência em direito penal a partir da "análise econômica do direito", assim como da prevenção geral negativa, não se mostra viável.

4.2 EFICIÊNCIA A PARTIR DO FUNCIONALISMO

Outro enfoque que o autor aborda em sua obra é o da eficiência sob o cariz do funcionalismo; o de Roxin, o de Jakobs e o penal.

Nesta faceta, Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 131), principia ressaltando que há vários funcionalismos: “um funcionalismo utilitarista de cariz prevencionista geral e especial, estribado na política criminal; um funcionalismo dualista, como refere Roxin (prevenção geral e prevenção geral positiva), e até um funcionalismo monista-normativista, como o de Jakobs.”

Wedy destaca que a política criminal foi elevada a outro patamar a partir da concepção funcionalista de Claus Roxin, o qual, buscando ultrapassar o positivismo, fez permear a política criminal por toda a dogmática, chegando às decisões penais.

Para Wedy, Claus Roxin entende que a intervenção penal não deva ir além da função social do direito penal e diz sobre a sua função:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além dessa função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN, 2018, p. 16).

Ele expressamente coloca-se como o defensor do conceito de bens jurídicos.

Considera-os “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2018, p. 18).

O funcionalismo de Claus Roxin, como menciona Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 135), apresenta uma dupla via: tanto apresenta instrumentos limitadores da esfera de atuação do direito penal, como legitima e permite a entrada de novas situações no campo do direito penal.

N'outra banda, está Günther Jakobs, com um funcionalismo monista-normativista; divergindo de Claus Roxin quanto à função do Direito Penal e quanto ao fim das penas.

É a partir da prevenção geral positiva que Günther Jakobs caminha para a manifesta necessidade de vigência segura da norma penal.

Como lembrado por Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 138), ele se afasta da concepção de Claus Roxin na medida em que entende que a infração da norma não significa um conflito relevante pelas consequências externas, até mesmo porque, nos casos, *verbi gratia*, de crimes de perigo abstrato, a infração se completa antes mesmo da ocorrência de um dano.

De forma que, para Günther Jakobs, a função do direito penal, por via de consequência, não seria a proteção de bens jurídicos, mas sim a defesa da vigência da norma.

Quanto a tal enfoque, Miguel Tedesco Wedy sustenta que o direito penal passaria, tão-somente, a função. E, desta noção, ele discorda:

Não podemos concordar por que se nos parece que aí vai ínsita uma ideia que pode perverter o direito penal para os caminhos mais sinistros. Caminhos de endurecimento das normas, da rigidez na aplicação das normas e da perversão simbólica da própria política criminal. Um caminho que segue, de forma reta, para uma expansão bem clara do direito penal e para o enfraquecimento da ideia de pessoa, apesar de todas as suas fragilidades e potencialidades. (WEDY, 2016, p. 142).

Miguel Tedesco Wedy (2018, p. 147) não nega que o direito penal tenha uma função, mas que ele não se reduz a isto, a ter uma função; já que deve proteger os bens jurídicos mais

importantes.

Com outras palavras, para ele o direito penal não pode ser visto apenas como um instrumento de controle coletivo ou individual.

Para Wedy, tal concepção funcionalista de Günther Jakobs conduz a uma reduzida análise axiológica do fato criminoso, que deveria ser punido, ainda que irrelevante ou que não tenha havido lesão ao bem jurídico penalmente protegido.

Ademais, Miguel Tedesco Wedy (2018, p. 144) discorre sobre não se poder olvidar que tal funcionalização do direito cede às exigências emergentes da sociedade, pois não é raro que se busque abrandar crises da sociedade por meio do direito penal.

De forma que ele conclui pela impossibilidade de se legitimar o direito penal pela eficiência funcional, como havia feito antes com a eficiência econômica, destacando ser preciso combater a tendência de uma eficiência tal que não considere a pessoa como pessoa, mas como algo passível de ser desconsiderado ao utilizarem-se cálculos.

4.3 EFICIÊNCIA A PARTIR DA CONCEPÇÃO MATRICIAL ONTOANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO DE JOSÉ DE FARIA COSTA

Para Faria Costa o que se deve buscar ou ter por ambição é o alcance de um espectro mais alargado, dentro da sociedade dos tempos atuais.

Algo que seja capaz de proteger bens jurídicos para além da formalidade da aparente constitucionalidade[13]: é isso o que deve buscar o direito penal. Um direito penal que, entretanto, precisa ser limitado.

Limitado por referências constitucionais, assim como por uma efetiva necessidade de ação.

Sobre esta, discorre Claus Roxin (2012, p. 33) que o direito penal é desnecessário quando

outros ramos do direito, ou mesmo medidas extrajurídicas, são capazes de garantir a segurança e a paz jurídica[14].

Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 179) esclarece que a concepção matricial de cuidado-de-perigo aqui referida tem por característica ser algo que reduz o campo de incidência do direito penal.

Essa matriz limita ao tempo em que o liberta[15], incumbindo outras esferas de assumirem responsabilidades que não são as das ciências penais.

(...) a relação matricial de cuidado de perigo define e amolda a intervenção penal para aqueles casos mais excepcionais. Ela reduz a expansão atual da ciência penal. Ela salienta o caráter fragmentário da ciência penal, moldando-o à realidade da vida, ao altiplano que é defender a intervenção penal apenas para aqueles casos mais relevantes, a fim de se proteger, com um agir subsidiário, o bem jurídico. (WEDY, 2016, p. 182).

Assim, com tal enfoque, nega-se uma eficiência utilitarista e economicista; mas afirma-se a finalidade eficiente que busca, sempre sem olvidar do homem, a justiça e a paz social; sem excessos e sem deficiências[16].

Tal eficiência não se trata de um valor em si mesmo, senão de critério de proteção subsidiária do bem jurídico que deva, de fato, ser acobertado pela esfera penal.

Miguel Tedesco Wedy não descuida que a eficiência, nas ciências criminais, deve ser um critério limitador da criminalização e da punição a ser observado tanto pelo legislador (para a criminalização) como pelo julgador (para a punição).

Um critério que, mesmo não sendo o único a ser observado, é capaz de conferir legitimidade ao direito penal, a partir de uma unidade de sentido entre um fundamento claro, uma função específica e uma finalidade direta.

5 ENTÃO, A EFICIÊNCIA NAS CIÊNCIAS PENAIS

De plano, observa-se que ambos os doutrinadores escolhidos como o eixo dogmático central para o presente artigo, seja Miguel Tedesco Wedy ou Silva Sanches, têm o homem como o foco que não pode ser descuidado pelas ciências penais.

No direito, a eficiência deve sempre ser buscada; no direito penal, não é diferente, pois, especialmente nele, a sociedade não tolera que haja ineficiência na tentativa de diminuição dos delitos.

Há mais tempo, a "análise econômica do direito" vem sendo utilizada como um critério definidor para a eficiência, especialmente na área econômica.

De fato, há nuanças que podem ser utilizadas na esfera penal; mas, ela só, "análise econômica do direito", não basta.

Pelo que foi dito, constata-se que o direito penal e a "análise econômica do direito" representam campos diferentes.

O direito penal, sendo direito de tutela da pessoa humana, objetiva, para além do custo e do benefício da criminalização e da punição, a justiça e a paz social.

O tópico da dignidade humana não pode restar tão somente dentro da peneira de valores calculáveis.

Destarte, em que pese não haver critério de maximização de riqueza que atinja a essência das ciências criminais, é possível encontrar-se apoio na concepção matricial ontoantropológica do cuidado-de-perigo de Faria Costa para entender a eficiência na esfera penal, com destaque para a função de proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos mais relevantes e cuja finalidade é, sim, a realização da justiça e da paz jurídica.

Como conclui Miguel Tedesco Wedy (2014, p. 6):

É o pensamento onto-antropológico do cuidado de perigo que permite trabalhar, legítima e democraticamente, a noção de eficiência para a seara penal, pois ele reduz o espectro penal, permitindo o dizer o sim e o dizer o não para a eficiência em direito penal. O não, para uma eficiência utilitarista e economicista, própria da razão calculadora. E o sim, para aquela finalidade eficiente que busca a justiça e a paz, por intermédio da conservação e do refazimento daquela relação fundamental onto-antropológica de cuidado de perigo. E o sim, também se impõe apontar, para aquela ideia de eficiência que limita a criminalização e a punibilidade em direito penal.

De forma que, em não se olvidando da tutela da pessoa, que deve englobar a dignidade do homem, vislumbramos que a eficiência pode ser buscada nas ciências penais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de analisar se é, ou não, possível a utilização da eficiência nas ciências penais, a partir das perspectivas dos dois autores postos como o eixo dogmático central do nosso estudo.

Com a pesquisa, verificou-se que o tema não apresenta consenso.

Ficou claro que o presente debate visa, antes de tudo nos afastar daqueles que querem transcender (sem mover-se) sobre o problema da legitimidade do direito. Um problema que, como ficou demonstrado, de igual sorte, também há de ser pensado (e que constitui hoje, algo, dentre outros poucos problemas, de central importância, a exigir uma elucidação e correto equacionamento nos seus mais diversos e múltiplos níveis

É lógico que debates como o agora travado, aproveitando-nos das palavras de Figueiredo Dias (DIAS, 2010, p. 73), faz-nos vivenciar, por vezes, “um diálogo vazio ou por demais superficial que tende naturalmente a se transformar em um diálogo de surdos; naquela

ignorância mútua própria de *frères ennemis*, ou mesmo em um tipo de discurso que, embora intencione vencer a fundamental indagação sobre o que há de guiar o jurista ou mais particularmente o caso concreto, não consegue nos apresentar uma solução convincente".

Pelo que vimos, de fato, a eficiência, que sempre é muito vista a partir da "análise econômica do direito", mostra-se como um instrumento útil em várias áreas das ciências jurídicas.

Mas, nas ciências penais, é preciso ir além dos critérios de maximização de riqueza e de utilização dos cálculos de custo e benefício.

Conforme nos ensina Castanheira Neves (NEVES, 2010, pp. 05 e ss.) falar em "legitimidade Do direito (só em si), sem uma pressuposição axiológico-normativa, que intencional e constitutivamente se assuma, não basta, pois a *voluntas* ou a *auctoritas* não podem dispensar a *veritas* ou a *ratio*, até porque não será, com certeza, problemas como o problema da legitimidade do direito desvelado por uma qualquer metáfora.

Daí, restar-nos claro que é possível inferir que a visão ontoantropológica pode justificar a eficiência em matérias penais, sempre com o foco no homem.

Ora, o direito é um "válido dever ser que é". E para compreendê-lo, da mesma forma que precisamos da sua (formal) vinculante normatividade, não nos é possível prescindir de seu (material) fundamento de validade.

Assim, com tal visão, não se descuidaria dos princípios de liberdade e dignidade humana e sem desprezar direitos e garantias, a eficiência poderia passar a ser um critério de legitimação do direito penal, que precisa ser limitado para ser libertado.

Com base na visão de Miguel Tedesco Wedy quanto à eficiência ser critério capaz de conferir legitimidade ao direito penal a partir de uma unidade de sentido entre um fundamento claro, uma função específica e uma finalidade direta, alicerçamos nossa conclusão de que as

ciências criminais devem, sim, almejar a eficiência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra. Coimbra editora. 2008.

BECCARIA, Cesare Bonsana. **Dos Delitos e das Penas**. Edição do Kindle.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2021a. Recurso Especial nº 1888049/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 22/09/2021, DJe 28/09/2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=136237613&registro_numero=202001980451&peticao_numero=&publicacao_data=20210928&formato=PDF. Acesso em 04 jan. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2021b. Recurso Especial nº 1807180-PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 24/02/2021, DJe 11/03/2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2013237&num_registro=201900937368&data=20210311&formato=PDF. Acesso em 04 jan. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. 2018. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167 Distrito Federal. Rel. Ministro Luiz Fux. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754086708. Acesso em 04 jan. 2022

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Patrícia Lacerda de. Crime e compensação: uma análise do *insider trading* no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, vol. 11; n. 2. p. 321/344. Maio/agosto 2020. Disponível em: https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/26620/24737. Acesso em 06 jun. 2021

DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros. **Adequação Social:** sua doutrina pelo cânone compreensivo do cuidado-de-perigo. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros; CAVALCANTE, Lúcio Mendes; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. **Direito Penal e política criminal**: questões contemporâneas. João Pessoa: UNIPÊ, 2018. Disponível em: https://books.unipe.edu.br/produto/direito-penal-e-politica-criminal/. Acesso em 10 jun. 2021.

DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros. **Direito Penal Econômico:** a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DEODATO, Felipe Augusto Forte Negreiros. O desenvolvimento social e o rigor na compreensão do Direito Penal do futuro. **Revista Direito e Desenvolvimento** – a. 3, n. 5, janeiro/junho 2012. UNIPÊ: João Pessoa, 2012. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/197/179. Acesso em 05 jun. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. Coimbra. Coimbra editora. 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BÔAS FILHO, Orlando Villas. Teoria dos sistemas sociais.

Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181427/. Acesso em: 18 out. 2021.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Lumenn Iuris, 2008.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação Econômica e Democracia.** O debate europeu. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORIN, edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NEVES, António Castanheira. *Digesta*. Vol. 1. Coimbra. Coimbra editora. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2012.

ROLIM, Francisco Petrônio de Oliveira; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. A tutela do bem jurídico no âmbito de crimes contra a Ordem Tributária. **Revista Direito e Desenvolvimento** – V. 5, n. 10, 2014. UNIPÊ: João Pessoa, 2014. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/262/244. Acesso em 1º jun. 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2ª ed. 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SALIBA II, José Carlos Maia. O que é Direito Penal Econômico e sua finalidade? 2014. **Jus.** Disponível em https://jus.com.br/artigos/35046/o-que-e-o-direito-penal-economico-e-a-sua-finalidade. Acesso em 16 jun. 2021.

SILVA SANCHES, Jesús-Maria. **Eficiência e direito penal.** São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. rev. e atual. Revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

WEDY. Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016. WEDY. Miguel Tedesco. Eficiência e direito penal. **Contribuiciones a las ciências sociales.** Abril de 2014. Disponível em https://www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html. Acesso em 12 nov. 2021.

---

[1] Analista Judiciário do TJPB. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo UNIPÊ. João Pessoa, Paraíba, Brasil. deboradalila@outlook.com

[2] Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, professor de graduação e pós em Direito Penal na UFBP e no UNIPE.

[3] Dimensões econômica, ambiental e social.

[4] Como constata Cristiano Carvalho (2018, posição 662): “Em 1960, o economista inglês Ronald Coase publica o artigo “The Problem of Social Cost”, que viria a simultaneamente fundar os alicerces da Nova Economia Institucional (New Institutional Economics) e da própria Análise Econômica do Direito moderna”.

[5] Nesse contexto, enfatiza Cristiano Carvalho (2018, posição 190) sobre a Análise Econômica do Direito estar brotando, inclusive, em decisões judiciais dos diversos tribunais do país, estaduais, federais e superiores.

[6] Apresentamos como exemplos: REsp 1888049/CE (BRASIL, 2021a) REsp 1807180/PR (BRASIL, 2021b).

[7] SILVA SANCHES, 2004.

[8] Nesse aspecto, enfatiza Jesús-Maria Silva Sanches, ao citar Mercado Pacheco: “a utilização de técnicas como a análise custo/benefício na elaboração das políticas e na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração de eficiência econômica como valor jurídico” (SILVA SANCHES, 2004, p. 2).

[9] Hassemer, mencionado por Jesús-Maria Silva Sanches: “[...] a psicologia do delinquente potencial só raras vezes alcança o grau de racionalidade que pressupõe a teoria da prevenção geral. Como demonstraram sobretudo as pesquisas sobre o efeito intimidatório da pena de morte (atualmente abolida), o delinquente normalmente não se motiva pensando na possibilidade de sofrer essa pena (ameaça de punição), mas movido pela ideia de quais são as possibilidades de não ser descoberto”. (SILVA SANCHES, 2004, p. 17)

[10] Diz que, “se, na verdade, o delinquente não é, em medida alguma, racional, então a prevenção mediante a criação de normas carece de sentido” (SILVA SANCHES, 2004, p. 22).

[11] O autor traz à baila que a intervenção do Direito Penal será legítima quando presentes dois requisitos: a) quando em suas cominações sejam introduzidos custos adicionais que ocasionem com que o cometimento do crime não compense; b) que os seus custos (dele, do Direito Penal), em geral, sejam inferiores aos que resultariam acaso o delito não fosse punido. (SILVA SANCHES, 2004, p.31)

[12] WEDY (2016).

[13] Exemplo muito conhecido de erro legislativo nos é trazido por Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (2012, p. 199) quando menciona que, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da alteração do artigo 273 do Código Penal, restou equiparado um comportamento altamente lesivo, como o de alterar um fármaco, com um sem nocividade, como alterar um

cosmético.

[14] Claus Roxin apresenta o exemplo dos contratos, como essenciais à vida em sociedade, mas que, as violações contratuais não necessitam de proteção penal, já que podem ser resolvidas em demandas de direito civil. Dá-se a subsidiariedade do Direito Penal.

[15] Miguel Tedesco Wedy (2014, p. 9) exemplifica que, hodiernamente, "se atiram no colo do direito penal" problemas que não são seus; mas sim de má gestão estatal, como o uso de drogas, que ele considera como um gravíssimo problema de saúde pública na esfera social, e como a apropriação indébita previdenciária, na esfera econômica.

[16] Como modelo de excesso, Miguel Tedesco Wedy (2016, p. 208) menciona a contravenção penal da vadiagem (art. 59 do Decreto-lei nº 3.688/41), a qual não afeta a relação onto-antropológica de cuidado de perigo, mas tão-somente o âmbito do próprio autor. E como exemplo de proteção ineficiente, ele nos aponta o artigo 213 do Código Penal, que unificou os anteriores delitos de estupro e de atentado violento ao pudor em um só tipo; ainda que o agente pratique as duas condutas, há um só delito. Nesta situação, claramente, há afetação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo cujo bem jurídico afetado merece maior defesa; "a defesa que o tipo penal faz, concretamente, é falha, pois permite que o bem jurídico seja ofendido de forma mais severa, porém sem qualquer capacidade de reação ou prevenção contra ataques mais contundentes".