

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LARA SCHUNCK BRANDINO

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO UMA VERTENTE PARA
CONTEMPLAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM ÂMBITO PENAL**

SÃO PAULO

2022

LARA SCHUNCK BRANDINO

Trabalho apresentado no curso de graduação em TCC II, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no curso de Direito.

ORIENTADOR(A): DRA. MARIÂNGELA TOMÉ LOPES

SÃO PAULO

2022

LARA SCHUNCK BRANDINO

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO UMA VERTENTE PARA
CONTEMPLAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM ÂMBITO PENAL

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado
comorequisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado(a) em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a)

Examinador(a)

Examinador(a)

*Não mais existe liberdade todas
as vezes que as leis permitem
que em certas circunstâncias um
cidadão deixe de ser um homem
para tornar-se uma coisa que se
possa pôr a prêmio.*

Cesare Beccaria¹

¹ Beccaria, Cesare. Dos delitos e das penas. XXVII – P. 85. 3ªEd. 6ª Triagem, CL EDIJUR. Leme/SP. 2017.

RESUMO

Inequívoca a disparidade encontrada no sistema carcerário nacional, bem como na forma como são aplicadas as Leis Penais a depender de a quem serão destinadas. Por essa razão, o presente trabalho visa demonstrar, através de um estudo teórico crítico e apresentação de casos concretos, os motivos (alguns deles) que levam a essa consequente discriminação. Nesta perspectiva, tem-se que é através da forma como são valorados determinados bens jurídicos, a partir de uma Análise Econômica do Direito, demarcada por vieses sócio-discriminatórios, que o Estado chega a uma determinada posição em termos de eficiência penal.

Palavras chaves: Análise Econômica do Direito; heurísticas e vieses discriminatórios; grupos vulneráveis; Direito Penal; eficiência penal.

ABSTRACT

Unambiguous the disparity found in the national prison system as well as in the way that the Penal Laws are applied considering to whom they are destined. For this reason, the present work aims to demonstrate, through a theoretical study and presentation of concrete cases, the reasons (some of them) lead to this consequent discrimination. In this perspective, it is through the way in which certain legal assets are valued, based on an Law and Economics Analysis, demarcated by socio-discrimination biases, that the State reaches a determined position in terms of criminal efficiency.

Keywords: Law and Economics; heuristics and discriminatory biases; vulnerable groups; Criminal Law; penal efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
Capítulo 1 – Premissas relevantes para uma abordagem crítica da Análise Econômica do Direito Penal.....	8
1.1) Direito como subsistema social	8
1.1.2) A função do Direito	10
1.2) Valoração de questões sociais	12
1.3) Bens jurídicos no Direito Penal	13
Capítulo 2 - Análise econômica do Direito Penal e vieses da discriminação 17	
2.1) A análise econômica do direito penal a partir de Gary Becker: O custo do crime e seu impacto social.....	20
2.2) A influência da análise econômica como mecanismo discriminatório ...	24
Capítulo 3- Análise Econômica do Direito e eficiência penal: uma abordagem crítica	30
3.1) Uma perspectiva fática em termos criminais.....	30
3.2) Relativização e seletividade penal como fonte de injustiça	37
3.3) Resposta estrutural.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa elucidar a existência de uma análise econômica das questões sociais que influencia diretamente em como o direito penal é aplicado, especialmente no que tange a uma valoração pautada nos interesses tidos como homogêneos e questões discriminatórias, por exemplo.

Nesse sentido, partindo de algumas premissas relevantes para o desenvolvimento do tema, como: a abordagem acerca da Teoria Sistêmica de Luhmann e o subsistema do Direito Penal, ou ainda o desenvolvimento da ideia de Bem Jurídico Penal; cria-se um arcabouço para, de maneira interdisciplinar, contemplar a Análise Econômica do Direito como uma Teoria Jurídica social e não apenas jurídica-econômica, demonstrando como as diversas linguagens específicas de cada sistema ou subsistema social interferem e impactam nos demais, convertendo-se à sua maneira para operar-lhes.

Assim, partindo de tais premissas, em um segundo momento são apresentadas considerações sobre a Análise Econômica do Direito, com principal ênfase em Coase, enquanto pioneiro na expansão do tema, e Becker, enquanto aquele que sistematizou a referida Teoria em termos de Crime/Punições. Destas considerações estabelece-se a relação entre valoração de questões sociais e discriminação, fazendo-se um paralelo entre precificação de determinados ‘bens jurídicos’ e a forma como tal dinâmica acaba por se traduzir no subsistema do Direito Penal em termos de persecução penal e heurísticas e vieses decisórios.

Por fim, antecedendo as considerações finais, um terceiro momento do presente trabalho visa uma exposição um pouco menos teórica, embora não o deixe de ser, a fim de demonstrar os impactos que esta dinâmica de precificação e valoração social exerce na aplicação de diversos princípios caros ao Sistema Penal.

Nessa toada, ilustra-se a realidade carcerária nacional, a partir de seus dados últimos, como uma clara demonstração da forma como as heurísticas e vieses, baseados em alicerces discriminatórios e economicamente valorados em prol da manutenção do *status quo*, atuam em termos de eficiência penal. Não apenas, apresentar-se-ão, por conseguinte, considerações acerca de resposta estrutural que, em parte, poderia ajudar na solução do dilema, ou, em parte, estabeleceria marco para um diálogo mais compenetrado sobre o mesmo (dilema).

Capítulo 1 – Premissas relevantes para uma abordagem crítica da Análise Econômica do Direito Penal

Antecedendo uma abordagem específica sobre o tema da Análise Econômica do Direito Penal e sua correlação com uma eficiente e igualitária persecução penal, necessário se faz estabelecer algumas premissas importantes para uma correta compreensão do que aqui se pretende expor.

Nesse sentido, primeiramente cabe explorar um pouco a forma a partir da qual a sociedade está organizada, bem como a função do Direito enquanto um subsistema social autopoietico, complexo e atrelado a outros tantos que coordenam e organizam a vida em sociedade.

Seguidamente dessa visão panorâmica, estabelecer-se-ão algumas relações determinantes para a definição de quais são os tutelados pelo Direito Penal, e ainda como são valorados alguns aspectos sociais demeritórios, de tal sorte que essa (des)valorização leva à punibilidade e à construção da imagem do criminoso como um inimigo social.

Ressalta-se que a abordagem inicial multidisciplinar visa, além de fornecer subsídios para uma compreensão clara do tema abordado, mitigar com certo criticismo analítico posturas segmentárias. Nessa toada, inobstante a análise econômica seja o foco do presente estudo, atribuir-se-á a ela um caráter multifacetado, apresentando-a como uma das variáveis que decididamente influenciam na condução da persecução penal.

1.1) Direito como subsistema social

Viver em sociedade implica na necessidade de se resolverem conflitos constantes de interesses divergentes ocasionados pelas mais diversas razões. Não é difícil de imaginar que assim seja, diante da individualidade do ser humano, mesmo enquanto ser social que é. Desse modo, dir-se-iam dos contratualistas² que, para realizarem seus anseios sociais, os homens renunciaram parte de sua individualidade, através de um Contrato Social, para que o Estado passasse então a lhes oferecer a segurança necessária para que vivessem em sociedade.

Dos mecanismos de controle social desenvolvidos a partir daí, para a garantia de uma existencial social possível, destaca-se o Direito. No que Paulo César Busato denomina como “*O modelo ótimo de estruturação do controle social*”, tem-se que:

O homem é um ser gregário cuja sobrevivência está situada no marco social. A interação entre os homens gera necessariamente regras de convivência que

² Referência a Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jaques Rousseau.

configuram uma certa ordem social. Essa ordem social é promovida por instituições sociais fora do próprio Direito e também fora do Estado, capazes de sancionar, a seu modo, um comportamento que não corresponda ao esperado naquele meio social (*agentes de controle social informal*). Mas esse controle social espontâneo e informal não basta para a manutenção da ordem social, razão pela qual se faz necessária uma ordem jurídica, que formalmente se impõe de modo mais intenso. (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.66.)

Todavia, pensar o Direito apenas como um “mecanismo de controle social” é tão limitador que não poderia sequer ser uma hipótese aceita, inclusive pela forma como o próprio possui o condão de moldar e ser moldado pela sociedade na qual se insere, sem embargos de que ambos não se confundam entre si. Nesse sentido, na tentativa de explicar a sociedade em toda sua complexidade, Niklas Luhmann desenvolveu uma das teorias sociais hodiernamente mais aceitas e relevantes para o estudo do Direito: a Teoria dos Sistemas.

Através dessa análise sistêmica por ele desenhada, o Direito seria um sistema que se auto-observa e se descreve, desenvolvendo suas teorias com uma linguagem própria e sem intentar representar o mundo externo³. Assim, reputá-lo-ia como operativamente fechado e autopoietico, reproduzindo-se de operações estabelecidas por ele próprio, das quais pressupõe-se inicialmente a sua própria existência para sua manutenção estrutural.

Isso não significa dizer, entretanto, que o Direito se encontra isolado, pois o mesmo estabelece relações causais tanto com outros sistemas quanto com o ambiente em que está inserido. Desta feita, embora o sistema jurídico e o político não componham um único sistema, inegavelmente estão acoplados estruturalmente e atrelados entre si, vez que cabe ao segundo a garantia política de implementação do que se produz no primeiro⁴, por exemplo. Assim é também com outros sistemas com os quais se relaciona.

Inicialmente essa abordagem teórica pode parecer estranha para os fins de uma análise econômica do Direito Penal. Essa estranheza se justifica pois, ao passo em que a análise econômica justifica as decisões legais como uma forma de assunção de riscos em uma sociedade geral de equilíbrio de vantagens, a teoria dos sistemas, por sua vez, diferencia de pronto o sistema do ambiente e visa descrever a sociedade de forma mais concreta e rica, de modo aplicável para *outros* sistemas funcionais⁵. Porém, partindo-se do pressuposto de que a própria economia é um dos sistemas funcionais interno à sociedade, assim como o Direito, e que com

³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 31-32.

⁴ IDEM, 2016. P.163-164.

⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.30-31.

este se relaciona, conduzindo à discriminação e à constituição de um “subsistema” para o qual a persecução penal opera através de uma linguagem diferenciada, tal correlação se faz plausível.

1.1.2) A função do Direito

Esclarecida a natureza sistêmica do Direito, cabe dizer de sua função. A princípio, como outrora se pontuou, ressalta-se que este não se traduz como mero mecanismo de controle social, pois pensar assim diverge da própria característica de autopreservação e reprodução comunicacional do sistema. Assim, sua função vai além.

O Direito produz sua linguagem de usos repetidos que devem “*condensar a compreensão de uso definida e, assim, garantir que ela se mantenha mesmo em um contexto reconhecível como sendo o mesmo*” (LUHMANN. 2016. P.169), do que oriunda a chamada invariância reidentificável. Ao mesmo tempo, “*tais usos precisam confirmar o sentido reutilizado, aplicando de maneira apropriada também em outro contexto*” (LUHMANN. 2016. P. 169). Assim, a partir da construção do sentido, o Direito visa a satisfação de expectativas (não individuais) em um aspecto temporal do sentido da comunicação.

Explicando melhor sobre esse ponto por duas vias diferentes, uma abstrata, outra concreta, Luhmann estabelece a função do direito nas seguintes palavras:

Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativa. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas. O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança, mas assim o direito tem também uma propensão a crises de confiança que não se deixam transmitir simbolicamente. Quando o direito não é mais respeitado, ou quando, até onde seria possível, ele já não se impõe, as consequências transcendem muito o que de imediato se apresenta como violação da lei, e, nesse caso, o sistema tem de recorrer a formas bastante imediatas de recuperação da confiança.

(LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 175-176)

No sentido apresentado, o Direito valida as expectativas sociais conforme sua aprovação ou desaprovação, e embora possa ser comum pensá-lo como um limitador de condutas também é ele que habilita tantas outras que sem sua tutela não seriam possíveis de se realizar (a existência da propriedade e das sociedades limitadas são exemplos), se tornando, portanto, uma

fonte de confiança para a assunção de riscos pelos particulares, bem como para a garantia de uma vida harmônica em sociedade.

Assim, quando o direito não se impõe o que há não é apenas a violação da lei, mas sim a quebra da confiança e o flagelo do próprio sistema em si que deve agir de forma imediata para sua manutenção e reconquista da confiança. O Direito Penal, ramo do Direito, ou subsistema desse sistema (trabalhando a linguagem do ilícito), é meio de resposta imediata à quebra de expectativas valoradas com maior apreço social, por isso sua função está ligada intrinsecamente às questões mais relevantes para a paz social.

A valoração dessas questões sociais tuteladas, chamados também de bens jurídicos, se dá através de uma construção social; abordagem que afasta a Teoria Finalista de Franz Von Liszt⁶ sobre uma função causalista do Direito Penal, por não se resumir a simples reflexo reacionário de interesses humanos transmutados pela proteção jurídica que recebem.

Inobstante essa abordagem pudesse parecer se amoldar como uma reafirmação da linguagem do lícito/ilícito, através da pena como um fator gerador da autopoiese característica da Teoria de Luhmann, em verdade se distancia da mesma, pois desconsidera o Direito Penal como um subsistema parte de um sistema outro alocado no plano social e influenciado por esta dimensão.

É sobre essas considerações, ora exemplificativas, que repousa a base de todo o presente trabalho: todos os sistemas e subsistemas existem dentro da sociedade e, por mais que suas linguagens comunicacionais sejam diversas umas das outras e únicas entre si, mecanismo que retroalimenta e consolida cada qual destes, não há, fora da sociedade, o que subsista. Assim é com o Direito Penal, cuja função jaz em satisfazer, a partir de uma tutela diversificada e coercitiva, expectativas sociais caras aos indivíduos de cada sociedade.

⁶ Já superado, a partir da Teoria de Liszt, de forma sucinta, considera-se que a pena é, em seu caráter originário, uma “consequência necessária do crime” que se transforma numa ação instintiva voltada à autoconservação (LISZT. 2007. P. 10-11). Portanto, é coerção de natureza dupla (indireta, mediata, psicológica; e direta, imediata, mecânica) voltada a dissuadir a ação delitativa ou ao isolamento daqueles considerados inaptos ao convívio social, justificando-se pelo seu caráter admoestador à delinquência. No mais, a pena não deve ser oposta às abstrações criminais, mas sim direcionada especificamente àquele que pratica o delito, sendo este indivíduo o portador dos bens jurídicos, “na lesão ou na aniquilação daquelas suas substâncias da essência da pena” (LISZT. 2007. P.46), e não a sociedade em si.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista do Direito Penal**. Tradução: Rolando Maria da Luz. 3º Ed. Campinas: LZN, 2007.

1.2) Valoração de questões sociais

As expectativas validadas pelo Direito são, basicamente, as questões sociais valoradas positiva ou negativamente pela sociedade na qual o sistema se insere. Portanto, analisar as formas pelas quais essa valoração se procede é tarefa relevante para uma compreensão realmente sistêmica da sociedade.

Antes de adentrar ao tema da valoração econômica de questões sociais, frisa-se que comumente em uma sociedade existe primeiro a qualificação moral das ações humanas daqueles que a compõem e a partir daí surge a questão da punição. Adam Smith escreve sobre o tema em sua “Teoria dos sentimentos morais”:

A nós parecerá, pois, merecedora de recompensa a ação que se ofereça como o objeto próprio e aprovado desse sentimento que mais imediata e diretamente nos incita à recompensa, ou a fazer o bem a outro. E, do mesmo modo, parecerá merecedora de punição a ação que se ofereça como objeto próprio e aprovado desse sentimento que mais imediata e diretamente nos incita ao castigo, ou a infligir mal a outro. O sentimento que mais imediata e diretamente nos incita à recompensa é a gratidão; o que mais imediata e diretamente nos incita ao castigo é o ressentimento. (SMITH. Adam. **A Teoria dos sentimentos morais**. Segunda Parte: Do mérito e do demérito ou Dos objetos de recompensa e de castigo. P. 81 – 130. Tradução de Lya Luft; revisão: Eunice Ostrensky – 2º Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. P.82)

Dessa forma, o intuito de punir teria origem no ressentimento, e, após se caracterizar como uma quebra de expectativa tutelável pelo Direito ensejaria a atuação do e passaria a compor, na forma do chamado *jus puniendi*, uma das obrigações do Estado para com seus cidadãos.

Ressalta-se que, por mais que a visão do Direito Penal tenha passado por ressignificações ao longo dos anos e chegado a um ponto voltado mais para a sua função ressocializadora, não é possível dissociá-lo ainda de seu viés punitivista, fortalecido pela “*socialização do criminoso como inimigo social (...) cujos efeitos comandam atualmente a prática penal*”⁷. Como dispõe Rogério Greco (2020):

(...) a ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois que não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal. GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020. P. 74.

7 FOULCAUT, Michel. **A sociedade punitiva**. Curso no Collège de France (1972 – 1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. P. 34.

Há aqui uma valoração claramente negativa quanto à criminalidade, que passa a ser vista, então, como uma patologia social, e quanto à imagem do criminoso que, quase em uma visão hobbesiana⁸, passa a se tornar inimigo da sociedade como um todo. Ou seja, representa por si só, a quebra de expectativas sociais e jurídicas perante a sociedade, tornando-se, figuradamente, a própria imagem do antijurídico, do ilícito e do aviltamento do sistema do Direito.

Entretanto, cabe pontuar que apenas a valoração moral e ética da conduta humana, conforme ressalta Luhmann, não é suficiente para fundamentar a validade da norma jurídica⁹, o que nesse caso representaria a atuação penal ante a quebra de expectativas sociais. Nesse sentido, sobre as normas cabe dizer que:

(...) sua juridicidade só pode ser determinada mediante uma observação da rede recursiva em que ela foi gerada, e isso significa: por meio da observação daquela relação de produção da expectativa que diferencia por meio de suas operações, como um sistema.

(LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 183)

Assim, não sendo fruto apenas do acaso, tais expectativas se constituem mediante operações que as garantem o *status* protetivo da normatividade jurídica e passam a ser tuteladas e retroalimentadas pelo direito, na concepção dos chamados bens jurídicos.

1.3) Bens jurídicos no Direito Penal

A adoção do conceitual dos chamados bens jurídicos não é uníssona e diversos foram os autores que se debruçaram sobre o tema ao longo dos anos, trazendo, cada qual a sua maneira, importantes contribuições. Nesse liame, ressaltam-se aqui, delimitando-se a apenas estas pela necessidade de afunilamento do tema, as contribuições de Günther Jakobs e Claus Roxin.

Embora não seja a teoria adotada para o desenvolver deste trabalho que se pretende crítico e agregador, importante tecer comentários sobre a legitimação do Direito Penal pela proteção de bens jurídicos de Jakobs, posto que esta teoria poderia parecer mais compatível com a análise sistêmica de Luhmann.

⁸ “**Guerra de todos contra todos**”. “*Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. (...) Portanto tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção.*” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. P. 47.

⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P.182.

Apoiado na leitura de Max Ernst Mayer, de que o bem jurídico é a substantivação da ideia fim da norma penal, Jakobs desenvolve o ideal de bem jurídico como sendo amplamente aqueles interesses, instituições, situações positivamente valoradas, juridicamente possíveis de proteção, conquanto nem todos serão relevantes ao Direito em sua integralidade (JAKOBS, 2021).

Nesse diapasão, por exemplo, a “vida” é tida como um bem jurídico tutelado a partir de uma imposição de dever negativo como: “não matar”; bem como a partir de uma imposição positiva, em determinado caso concreto: “dever do garante em tutelar pela vida de outrem”; entretanto, ainda que perfaça uma perda social, *“a morte de uma pessoa idosa devido à falência múltipla de órgãos não controlável (...) não constitui uma perda de um bem compreendido juridicamente¹⁰”*.

Um bem jurídico, a partir dessa perspectiva, torna-se juridicamente possível e, então, tutelado pelo Direito por meio da concessão de *“direitos de defesa contra uma lesão iminente”*, ou ainda, em caso de violação culpável (sendo a culpabilidade a medida da reação esperada), *“mediante a determinação da reparação de danos devido à prática de uma conduta não permitida ou por meio da imposição de uma pena ou multa¹¹”*. Assim, em verdade, diante da mensuração da reação esperada pela violação da norma perante a culpabilidade e não pela extensão do dano ou ameaça ao bem jurídico, desconecta-se a relação direta da proteção desses bens como fim da norma. Tem-se, portanto, a vigência da norma em si como fim dela mesma, pois a culpabilidade representa, em outras palavras, o prejuízo que se causou à esta.

Em síntese, a manutenção da norma vigente passa a ser o fim último dela própria, o que, equivocadamente, poderia levar a um comparativo da teoria de Jakobs com a autopoiese de Luhmann. Ressalta-se que essa aparente aproximação teórica não se sustenta, posto que, embora haja a retroalimentação sistêmica, esta não ocorre isoladamente, ou seja, sem que haja interação recíproca entre os diversos sistemas e subsistemas sociais e a própria sociedade em que se inserem, isolando-se apenas no que tange a codificação de sua linguagem particular, diferentemente do que se observa de uma norma que, após positivada, existiria tão somente por sua vigência própria, sendo o bem jurídico mediato apenas um motivo para sua existência, mas não o seu fim.

Entretanto, é partindo da concepção de Claus Roxin, na qual o Direito Penal possui seu campo de atuação restrito à proteção de bens jurídicos específicos, e de que a intervenção

10 JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução, apresentação e notas: Pablo Rodrigo Alflen. 2ªEd. Porto Alegre: CDS, 2021. P.45

¹¹ IDEM, 2021. P.45-46.

jurídico-penal resulta de uma função social do próprio Direito Penal em si¹², que resta clara a correlação entre a valoração de questões sociais e a determinação das metas que asseguram uma existência pacífica, livre e segura para os cidadãos, portanto, devendo ser protegidas por esse ramo jurídico quando outras formas político-sociais não logrem êxito em fazê-lo.

Destarte, a intervenção jurídico-penal apenas seria legítima quando outros meios não fossem suficientes para garantir uma vida socialmente adequada e pacífica, cabendo ao Estado democrático de Direito garantir todos os direitos humanos e assegurar, com seus instrumentos, tanto condições individuais aos seus cidadãos quanto também instituições estatais adequadas para esse propósito.

Nesse contexto, o conceito de bem jurídico se insere, portanto, como referencial aos objetos legítimos de proteção normativa enquanto, nas palavras de Roxin, “*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*”¹³. Inclusive, ressalta-se sequer ser necessário que possuam uma realidade material para que sejam considerados como tais, como se exemplifica da própria administração da justiça¹⁴, ou ainda da ordem econômica nacional¹⁵.

Ressalta-se que tal conceito não se restringe à individualidade, mas abrange em si também os bens jurídicos da generalidade, que se justifiquem a partir de sua serventia para o cidadão do Estado em questão. Assim, sua natureza deriva da especificidade e da sua qualidade indispensável à uma vida em consonância com os Direitos Humanos e ideais de liberdade e segurança e deve ser compreendido com criticismo com a legislação, “*na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima*”¹⁶.

12 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ªEd. 3ª Triagem. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018. P. 16-20.

13 IDEM, 2016. P.18-19.

14 Considera-se a administração da justiça como um bem jurídico tutelável pelo Direito Penal de tal forma que a Parte Geral do Código Penal, em seu Título XI, Capítulo III (“Dos crimes contra a administração da justiça”) traz previsão expressa (art. 338-359), conforme deve ser, quanto a tipificação penal atribuída à atos atentatórios contra a mesma, sendo exemplo da proteção que lhe é garantida. Isto porque tal instituição estatal (administração da justiça) é necessária para possibilitar aos cidadãos uma plena vida em sociedade, sendo que a Justiça – enquanto valor e objetivo do próprio Estado Democrático brasileiro- bem como seus órgãos e atribuições possuem previsão constitucional.

15 A ordem econômica e financeira nacional possui previsão constitucional, no Título VII (“Da ordem Econômica e Financeira”), em seus artigos de número 170 a 192, bem como em diversas outras disposições esparsas e Leis outras. Ainda, ressaltando sua importância e concepção como bem jurídico, encontra-se tutelada por normas jurídico-penais como a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que “*Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências*”.

16 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ªEd. 3ª Triagem. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018. P. 20.

Conforme Roxin, um conceito de bem jurídico liberal, pessoal e crítico com a legislação contribui de maneira muito ampla para a limitação do legislador, sendo que alguns dos pontos mais relevantes dessa contribuição podem ser percebidos pela: (i) inadmissibilidade de normas jurídico-penais que atentem contra os Direitos Humanos ou que sejam motivadas apenas por vieses ideológicos. A punibilidade encontra freios, inclusive nas Constituições; também pelo fato de que (ii) “*a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico*”¹⁷, ou seja, o bem jurídico não expressa a vontade do legislador, mas sim expectativas sociais de garantia de uma coexistência pacífica e livre entre os homens; ou ainda que (iii) “*os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal*”¹⁸; e (iv) apenas sentimentos de ameaça seriam tutelados pelo Direito Penal entre outros.

Por conseguinte, a compreensão dos bens jurídicos penalmente tutelados, a partir dos pontos apresentados, traz à tona a forma como o subsistema do Direito Penal converte em sua linguagem a reparação das expectativas jurídicas não observadas por alguns indivíduos dentro da sociedade, através da punibilidade proporcional para o reestabelecimento da comunicação do lícito dentro do Sistema do Direito.

Inobstante, a proteção de bens jurídicos não deve ser vista como o único critério de legitimação dos tipos penais, pois existem casos nos quais a punibilidade será permitida mesmo antes da lesão ao bem jurídico tutelado ter realmente ocorrido¹⁹, como também, há de se considerar a valoração disfuncional de tais bens jurídicos, numa verdadeira lógica social mercadológica e segregacionista, conforme buscar-se-á expor no decorrer do presente trabalho.

¹⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ªEd. 3ª Triagem. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018. P.21.

¹⁸ IDEM, 2018. P.21.

¹⁹ São exemplos os crimes de perigo comum, do capítulo I, Título VIII, da Parte Especial do Código Penal. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**.

Capítulo 2 - Análise econômica do Direito Penal e vieses da discriminação

A Análise Econômica do Direito é uma disciplina capaz de trazer mecanismos concretos que viabilizam uma melhor atuação do Estado, bem como a promoção de políticas públicas e projetos legislativos mais contundentes e eficientes, possuindo, portanto, uma importância fática inquestionável. Esse segmento de estudo engloba diferentes metodologias da Economia e do Direito cuja confluência culmina na possibilidade de realização de uma análise da legalidade a partir de aspectos econômicos, como a questão de custo, da racionalidade, da escassez e das externalidades do mercado (sociedade). Em suma, pode-se dizer que: “*A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las*”²⁰.

Muito embora não se possa precisar ao certo quando se deu uma primeira análise que recorria à economia para explicar o Direito, no final dos anos 1950, conforme ressaltam Mackaay e Rousseau, “*muitos economistas tentavam aplicar seus conceitos e métodos a questões até então consideradas fora de sua disciplina*”²¹, dentre os quais Gary Becker, que em 1957 havia lançado um estudo sobre economia da discriminação. Não obstante, considera-se como alavancadora à Análise Econômica do Direito a *The Journal of Law and Economics*, revista da Universidade de Chicago cujo artigo de Ronald Coase intitulado “*The problem of social cost*”, de outubro de 1960, fora precursor ao tema.

Impossível, portanto, não apresentar alguns dos pontos que foram desenvolvidos ao longo desse artigo paradigmático de Coase, vez que este se tornou pilar da Teoria recém estruturada. Distanciando-se de teorias econômicas pelas quais buscava-se responder a forma através da qual dever-se-ia restringir uma atuação de A, por esta causar prejuízo a B, Coase traz à luz o fato de que o problema com o qual a sociedade e, principalmente, o Estado²², deve lidar possui uma natureza recíproca e se consubstancia em determinar, em verdade, se deveria ser permitido a A causar dano à B, ou vice e versa, focando em evitar o que seria o prejuízo mais grave.

A resposta sobre qual seria o prejuízo mais grave, e, portanto, aquele que dever-se-ia evitar não é tão óbvia quanto poderia parecer, a menos que se soubesse qual o valor do que se

²⁰MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Stajn. 2ªEd. São Paulo: Atlas, 2020. P.7.

²¹ IDEM, 2020. P. 9.

²²Coase interpreta que, com os custos de transações nulos ou baixos, caberia às partes envolvidas na problemática lidar com a questão, sem que o Estado interferisse para restringir a atividade tida como “prejudicial”. Isso porque poderiam elas mesmas encontrar um acordo que lhes fosse proveitoso, otimizando a situação. (COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics. Volume III. October 1960.)

obtem em detrimento do valor daquilo que se perde, além do custo marginal envolvido, bem como das externalidades (custos sociais alheios à relação em si) e dos custos de transação (preferencialmente nulos ou baixos).

Nesse sentido, tendo como ponto de partida o exemplo do gado que destrói plantações por um desvio inevitável que este faz pela propriedade vizinha, considerar se é mais vantajoso optar pelas plantações ou pelo gado (e sua carne), seria possível apenas se se soubesse qual o valor atribuído a cada uma delas²³, bem como os custos marginais a elas relacionados (por exemplo, o valor da responsabilização pela destruição da plantação pelo gado).

A decisão sobre a locação de recursos, lembrando-se, sempre escassos, em determinada área dar-se-ia, portanto, pelas próprias partes envolvidas no negócio de forma otimizada, de modo que a decisão sobre construir uma cerca para evitar que o gado transpusesse a fronteira da propriedade vizinha, reduzindo à zero o custo marginal da responsabilidade pela destruição da plantação) só seria viável se o valor despendido para tal construção e manutenção fosse inferior ao valor devido à título de indenização pelos danos causados. No mesmo sentido, considerando-se não haver cerca, plantar na área vizinha, pela qual passa o gado, seria apenas viável se os custos da plantação não excedessem o da indenização, sendo ainda mais vantajoso às partes acordar, por exemplo, sobre evitar o plantio nesta área em troca de determinada quantia que compensasse a terra não produzida.

O raciocínio supra ilustrado aplica-se mesmo em caso de não haver indenização devida (ou seja, sem que haja um custo marginal), posto que os custos de produção aumentam proporcionalmente aos custos dos danos causados. Assim, o agricultor tenderia a pagar para que o fazendeiro não aumentasse seu rebanho, evitando que este lhe causasse dano a plantação. O valor pago seria aquele referente ao montante que fazendeiro deixaria de receber tendo um rebanho maior, bem como o valor referente a destruição da plantação, limitado à quanto o agricultor fosse pagar por uma cerca entre as propriedades, se não reduzisse seus ganhos a ponto de ser mais vantajoso abandonar o cultivo em tal área. O que excedesse esse valor em ganhos para o fazendeiro, compensaria, por exemplo, que ele aumentasse seu rebanho. Desse modo, com ou sem indenização devida pelos danos causados pelo gado a plantação, tem-se que o equilíbrio entre as partes seria mantido ao longo prazo e que os danos passariam a ser

²³ “Another example is afforded by the problem of starying cattle which destroy crops on a neighbouring land. If it is inevitable that some cattle will stray, na increase in a supply of meat can Only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meato or crops.” (COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics. Volume III. October 1960. P. 2).

considerados nos custos de produção, desconsiderando-se sempre, é claro, os custos de transação.

A abordagem sobre gados e plantações pode parecer desconexa do propósito do trabalho em voga, entretanto são exemplos do próprio Coase que ilustram pilares importantes da Análise Econômica do Direito sobre a locação de recursos para a maximização e otimização das relações econômicas entre partes que possuem, reciprocamente, um problema comum causado pelas suas atividades. A questão sempre seria, portanto, conforme supramencionado, saber como locar os recursos de forma a evitar os maiores prejuízos, e a aplicação desse pensamento à vida em sociedade se faz bastante caro ao estudo proposto.

Ainda, Coase pontua, com outros exemplos essencialmente similares ao do gado e plantações²⁴, que mesmo as decisões judiciais que envolvam responsabilização por prejuízos causados a uma parte pela outra não surtiriam efeito quanto a locação de recursos em um cenário em que não haja custos de transação e o valor do dano não exceda o valor da produção, havendo sempre uma compensação vantajosa para ambos envolvidos nos dilemas de produção capaz de compensar as externalidades do caso, desde que os direitos de propriedade estejam bem delimitados. Assim, determinar-se-ia a melhor alocação dos recursos por ambas as partes, porque o valor de produção pelo efeito danoso seria de natureza recíproca.

Diversos economistas então se debruçaram sobre o tema recém abordado por Coase desenvolvendo-o nos mais diversos sentidos, como foi o caso de Gary Becker com sua abordagem paradigmática da Economia envolvida por trás dos crimes e punições.

Nesse momento inicial ao desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, entretanto, Guido Calabresi e Henry G. Manne foram aqueles que se excetuaram por possuírem formação jurídica, campo para o qual buscavam ampliar os horizontes da mencionada Teoria. Os esforços em ampliar o alcance da mesma, levando-a aos juristas propriamente ditos, encontram em Richard A. Posner e em seu livro “*Economic analysis of law*” (1973) sua consubstanciação, vez que foi a partir daí que diversas faculdades de Direito passaram a se atualizar sobre o tema (MACKAAY; ROUSSEAU; 2020. P. 10 – 11).

A ascensão da Análise Econômica do Direito ao longo dos anos que se seguiram não se deu de maneira fleumática, embora tenha sido inevitável, eis que muitos foram os questionamentos acerca da sua natureza enquanto uma teoria do direito, por exemplo, que

²⁴ Caso *Sturges v. Bridgman* (médico v. confeitiro), ou *Cooke v. Forbes* (tecelagem de tapetes de fibra de cacau v. produtor de sulfato de amônia), por exemplo. (COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics. Volume III. October 1960. P.8-11).

levaram à outras escolas de pensamento acerca do tema, garantindo-lhe mais pluralidade e difusão.

2.1) A análise econômica do direito penal a partir de Gary Becker: O custo do crime e seu impacto social

Incontingente a decisão de tomar Becker como ponto de partida para a análise pretendida nesse trabalho, vez que sua obra, “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, foi percursora em aproximar a Análise Econômica do Direito ao Direito Penal propriamente dito.

Objetivando compreender e teorizar economicamente o que determina a quantidade, os tipos de recursos e punições utilizadas para fortalecer parte de uma legislação, bem como quantas ofensas deveriam ser permitidas e ofensores não serem punidos, diante da numerosa variedade de atividades restritas e sujeitos por elas afetadas, Becker desenvolve um método para mensurar a perda social causada pelas ofensas e encontrar as despesas e punições que minimizem essa perda (BECKER, 1968. P.170)

A saber, insta pontuar também que a metodologia econômica de análise social e do Direito Penal por Gary Becker adotada se consubstancia em um método de análise, e não em uma assumpção sobre motivações pessoais. Isso, por mais que, dentre outros, vise demonstrar a quantidade ideal da execução de uma legislação, a partir do custo de capturar e condenar infratores, da natureza das punições e das respostas dos infratores para mudanças com a execução, pensando na melhor locação de recursos, se públicos ou privados, para a chamada “segurança pública”, diante da inevitável escassez de recursos. “*Em uma fórmula geral, buscar-se-ia reduzir os “custos” sociais decorrentes do crime com o menor “custo” possível*”²⁵.

O crime, entendido por Becker em sua concepção mais ampla para abarcar todos os tipos de violações, é uma atividade econômica ou “indústria” muito importante, embora negligenciada, na sociedade, pois movimentava bilhões de dólares por ano²⁶, tanto pelos prejuízos causados, quanto pelos montantes destinados ao seu combate e repressão.

Nessa toada, pensando inicialmente na esfera dos danos, têm-se que a quantidade de prejuízos tende a aumentar conforme o nível da atividade que os causam, sendo que, para os

25 OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Editora Juruá, 2014. P.77.

²⁶ A título de exemplificação, em 2021 o orçamento anual com Segurança Pública da República Federativa do Brasil foi de R\$13,50 Bilhões, sendo o total de despesas executadas para a área R\$ 10,44 Bilhões. Já para 2022 o orçamento atualizado para a área de atuação em segurança pública é de R\$13,57 Bilhões. Fonte: Portal da Transparência. Disponível em: <<https://www.portaldatransparencia.gov.br/funcoes/06-seguranca-publica?ano=2022>>

crimes esse nível é medido pelo número de ofensas. Assim, o ganho dos infratores aumenta com o número de ofensas praticadas por eles, sendo que o custo líquido para a sociedade dessas é, basicamente, a diferença entre os prejuízos suportados e os ganhos auferidos pelos infratores (considerando-se também aqueles ganhos e prejuízos marginais).

No mais, além do custo do crime, para se considerar a viabilidade de procedimentos a serem tomados para a repressão do mesmo, necessário verificar o custo “da apreensão e condenação”, conforme dispõe Becker. Assim, *a priori*, têm-se que quanto maior o custo despendido com policiamento, com magistrados, funcionários de tribunais e equipamentos especializados, mais fácil se torna descobrir as infrações e condenar os infratores. Ademais, quanto mais baratos forem os primeiros (policiamento, funcionários de tribunais) e mais desenvolvidos forem os últimos (equipamentos especializados) menores os custos totais, muito embora tanto o aumento da probabilidade de condenações quanto o aumento do número de infrações os aumentassem (BECKER, 1968. P. 174-175).

Quanto às ofensas no geral, inobstante as diversas teorias que visam trazer as determinantes de seus cometimentos a partir das mais variadas formas de análise criminológica, uníssona a concordância de que “*quando outras variantes são mantidas constantes, um aumento na probabilidade de condenação, ou da punição caso condenado, talvez substancialmente, talvez insignificadamente, geralmente diminui o número de ofensas cometidas*”²⁷. Ademais, seria o aumento na probabilidade de condenação o que acarretaria um efeito maior quanto ao número de ofensas praticadas do que uma mudança de punição; constatação esta que hodiernamente ainda se faz bastante robusta, haja vista a pouca ou quase nenhuma mobilização social quanto ao aumento de penas em detrimento de um investimento mais bem direcionado a prevenção ou repressão criminal²⁸.

Nesse sentido último, têm-se que os infratores buscam mais por uma otimização da utilidade esperada de suas ações do que pela própria renda a ser auferida com o ilícito. Isso porque o aumento da probabilidade de punição, mesmo que acompanhada em igual percentagem por uma redução na punição propriamente dita, não altera a renda que seria

²⁷ BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968), P. 176. Tradução minha.

²⁸ Por exemplo, apesar das alterações legislativas que trouxeram um melhor arcabouço jurídico para a repressão dos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, vide a Lei Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006, ante a pandemia do COVID-19 e a dificuldade de notificação dos casos, o que conseqüentemente levou a uma diminuição da probabilidade de punição dos infratores, observou-se diminuição dos registros e o aumento no número de feminicídios. Vide: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19 Edição 03. Nota Técnica. 27 de julho de 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>>. Acesso em: 21 de Fev. 2022.

resultante da ação, mas poderia alterar a utilidade esperada, vez que o risco não seria o mesmo (BECKER, 1968. P. 178).

Do ponto de vista econômico, Becker traz uma análise de que o infrator comete um crime a partir da ponderação entre a utilidade (vantagem) adquirida ser maior e superar aquela que obteria utilizando-se de outras ferramentas e atividades. Assim, *“algumas pessoas se tornam “criminosos”, portanto, não porque a motivação básica deles difere da de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem²⁹”*.

Dessarte, significa dizer que há uma função que relaciona o número de ofensas cometidas por qualquer pessoa a probabilidade de ela ser condenada, a punição que lhe seria devida se o fosse, a renda disponível a ela pela prática de atividades legais ou outras atividades ilegais, além de variantes outras como sua disposição em cometer um crime. Ou seja, há, além de outros fatores, um pensamento econômico por trás de cada infração cometida, assim como há também um pensamento econômico por trás de cada infração compelida, combatida ou “suportada”. Além disso, considera-se que apenas haverá punição caso haja a condenação, o que gera uma “discriminação de preços” e incerteza, influenciando diretamente na probabilidade do cometimento de crimes, senão vejamos.

Considerando que apenas em se havendo condenação haverá uma punição pela prática de um crime, logo, sem esta (condenação) o benefício auferido pela prática deste teria o custo zerado no quesito ‘punição’. Desse modo, contrário senso, quanto maior for a probabilidade de condenação e de punição se condenado, menor seria a utilidade esperada pela prática do crime, o que levaria à sua conseqüente redução.

Em síntese magistral, Olsson (2014) traz as premissas básicas das análises de Becker e da escola de Chicago como sendo as seguintes:

- a) Que os indivíduos são maximizadores racionais de satisfação, tanto em um âmbito de mercado, quanto em um âmbito externo ao mercado;
 - b) Indivíduos respondem a incentivos de preços em situação fora de mercado da mesma forma que em situações de mercado; e,
 - c) Normas jurídicas e resultados jurídicos podem ser avaliados no sentido de suas propriedades de eficiência.
- (OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Editora Juruá, 2014. P.79)

Outrossim, resta claro que os indivíduos, bem como a sociedade como um todo, precificam e analisam economicamente (em termos de eficiência, custos, escassez e

²⁹ BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968), P. 176. Tradução minha.

expectativas de lograrem vantagens) suas ações. De tal modo que a variação positiva, por exemplo no rendimento de atividades lícitas e no cumprimento de leis a partir da educação civil, levaria à redução do número de atividades ilegais e de infrações praticadas, assim como teria um efeito temporário uma mudança na forma de punição pela infração cometida (BECKER, 1968. P.177).

Deve-se ponderar, inclusive, sobre o fato de que as próprias punições representam custos próprios que variam conforme sua natureza e conforme a pessoa a ser punida, afetando cada qual destas distintamente, que afetam a sociedade. Senão vejamos como exemplo o que Becker (1968) traz acerca da prisão:

Por exemplo, o custo de um encarceramento é o desconto da soma dos ganhos perdidos e o valor alocado nas restrições no consumo e liberdade. Desde que os ganhos perdidos e o valor alocado nas restrições prisionais variam de pessoa a pessoa, mesmo o custo de uma sentença por dada duração é não apenas quantitativa, mas geralmente maior, por exemplo, para infratores que poderiam ganhar mais fora da prisão. O custo de cada infrator seria maior conforme mais longa fosse a sentença, uma vez que ambos os ganhos perdidos e o consumo perdido são positivamente relacionados à duração das sentenças.

Punições afetam não apenas os infratores, mas também outros membros da sociedade³⁰.

(BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968), P. 179 – 180. Tradução minha).

Há, portanto, um custo social referente a cada punição que equivale ao custo para os infratores somado ao custo, ou subtraído o ganho - do pagamento de multas, por exemplo-, para as demais pessoas da sociedade (BECKER, 1968. P. 180).

A necessidade, portanto, jaz em analisar, com sua devida importância, os danos causados pelas infrações, bem como o custo de prender e condenar infratores e o custo social das punições. O custo do crime é aquele que combina esses fatores, o que implica que as decisões devem ser otimizadas para minimizar a perda social na renda oriunda das ofensas praticadas.

Em outras palavras, embora a análise de Becker seja econômica, mesmo este não desconsidera os demais fatores relevantes ao escopo do cometimento de crimes e suas punições,

³⁰ “For example, the cost of an imprisonment is the discounted sum of earnings foregone and the value placed on the restrictions in consumption and freedom. Since the earnings foregone and the value placed on prison restrictions vary from person to person, the cost even of a prison of given duration is not a unique quantity but is generally greater, for example, to offenders who could earn more outside prison. The cost to each offender would be greater the longer the prison sentence, since both foregone earnings and foregone consumption are positively related to the length of sentences. Punishments affect not Only offenders but also Other members of Society.” (BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968). P. 179 – 180)

o que leva à crença ainda mais forte da interferência e remodelação linguística que os sistemas e subsistemas sociais exercem entre si, pois fato é que a linguagem econômica, modulada no âmbito da ação social, passa a ser codificada para a linguagem jurídica, na busca de uma eficiência normativa voltada à proteção de bens jurídicos (penais, no caso em voga), quase que na busca social de um “Ótimo de Pareto³¹”.

2.2) A influência da análise econômica como mecanismo discriminatório

Ante o exposto da abordagem econômica trazida sistematicamente por Becker para o ramo jurídico-criminal, resta compreender o quanto, conjuntamente com vieses majoritariamente sociais de valoração, este método de análise se torna um mecanismo discriminatório.

Destarte, assim como se fez importante uma abordagem inicial da Análise Econômica do Direito, em Coase, faz-se igualmente importante uma compreensão mais apurada do que é discriminação e de qual ou quais tipos pode ser vislumbrada, especialmente no tocante ao consequente ato jurídico-discriminatório.

Como cediço, a palavra discriminação pode adquirir diversos significados na sociedade, entretanto, para o presente estudo a definição adotada é aquela trazida pelo professor Adilson José Moreira (2020), em seu “Tratado de Direito Antidiscriminatório”:

Sabemos que instituições estatais classificam indivíduos a partir de uma série de critérios necessários para o alcance de algum interesse público. O vocábulo discriminar significa aqui categorizar pessoas ou situações a partir de uma característica para atribuir a elas algum tipo de consequência. Contudo, a palavra discriminação tem também outro significado no mundo jurídico: ela indica que uma pessoa impõe à outra um tratamento arbitrário a partir de um julgamento moral negativo, o que pode contribuir para que a segunda esteja em uma situação de desvantagem.

A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. (...) diferentes acepções do termo em estudo sugerem que ele descreve pessoas ou grupos que se encontram em uma situação de desvantagem em função de atos que podem ser intencionais ou não, evidência de que não podemos identificar a discriminação apenas como manifestação da vontade de indivíduos.

(MOREIRA. Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020. P. 326-327.)

³¹ Conceito de Vilfredo Pareto para determinar a situação na qual os recursos estão alocados o mais eficientemente possível, sendo impossível melhorar a situação e condições de um indivíduo sem piorar a de outro. (Conceito retirado do glossário do “*The Capital Advisor*”. Disponível em: < <https://comoinvestir.thecap.com.br/otimo-de-pareto>>. Acesso em: 17 de Fev. de 2022).

Desta feita, a discriminação pode ser entendida como um mecanismo pelo qual se impõem desvantagens à outra(s) pessoa(s), seja de forma intencional ou não. Tornando-se um conceito de característica essencialmente negativa, portanto, a partir do momento no qual há uma falha do reconhecimento da igualdade moral das pessoas (MOREIRA. 2020, P. 330). Além disso:

Alguns elementos possuem grande relevância para compreendermos o sentido genérico de discriminação: intenção, comparação, desvantagem e estigma. A doutrina tradicional afirma que um ato discriminatório tem uma característica principal: a intenção de um agente de impor um tratamento desvantajoso a outro. Esse tratamento decorre então de uma comparação entre indivíduos a partir de um determinado traço. O agente discriminador parte do pressuposto de que a vítima não possui uma qualidade socialmente valorizada, atributo supostamente presente apenas em certos segmentos, notoriamente nos grupos majoritários. (...) A intenção de discriminar alguém está frequentemente baseada no interesse de preservação de arranjos sociais que mantêm certos grupos em uma situação de privilégio e outros em uma condição subordinada. Os procedimentos utilizados para isso são legitimados por uma série de estereótipos culturais, representações criadas por grupos majoritários, segmentos que têm o poder simbólico e político para construir e difundir sentidos culturais. (...) A discriminação assume a forma de uma imposição indevida de arbitrariedade nas costas de membros de certos grupos porque adquire um caráter sistêmico, afetando diferentes esferas da vida das pessoas. (MOREIRA. Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020. P. 328 – 329)

Nessa toada, pode-se dizer que os infratores integram um grupo social e institucionalmente discriminado, desde antes da prática de infrações (até por serem excluídos de oportunidades é que encontram incentivos para seu cometimento) e, ainda há que se dizer, para além do cumprimento de eventuais penas que lhes sejam impostas.

A discriminação e a valoração que se desenvolvem em torno de determinados grupos, por fim, impulsionam nas decisões judiciais a sua formulação a partir de heurísticas, ou seja, de *atalhos cognitivos*³².

Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa pontuam em sua obra ‘Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva’ que “*por meio dessas heurísticas simplificadoras, o Sistema I*³³, *ao se deparar com uma pergunta complexa, acaba por responder a outra pergunta – mais fácil – em seu lugar*”. É o exemplo trazido:

³² WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021. P. 26.

³³ “*Consonante sintetizado por Daniel Kahneman, o Sistema I “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”. Comumente associado à “intuição”, os eventos mentais do Sistema I operam silenciosamente – sem que tenhamos consciência -, produzindo impressões, sensações, intenções, inclinações, sentimentos e, até mesmo, decisões e julgamentos*”. (WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021. P. 26.)

No ambiente forense isso pode ser verificado pela substituição da dúvida sobre a presença dos requisitos para condenação pela pergunta singela: o acusado tem antecedentes? Da resposta positiva, parte-se a condenação, enquanto a negativa exige maior esforço cognitivo.

(WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021. P. 27.).

Ademais, ainda que se opere grande esforço em anular essas heurísticas que se fazem presentes nos julgamentos, bem como em diversas decisões e impressões tidas e absorvidas do cotidiano, fato é que a tarefa não é fácil (se não, impossível).

Nesse sentido, Paola Bianchi e Alexandre Morais explicam que o Sistema 1 opera para que, de modo involuntário e ininterrupto, sejam monitorados os estímulos externos e internos, “*o que resulta em avaliações contínuas do ambiente, dos riscos, dos problemas e dos eventos chamadas de avaliações básicas*” que passam a compor a tomada de decisões humanas (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 30). Assim, o Sistema 1 assume um papel determinante que estimula a criação de narrativas coerentes muitas vezes pautadas em poucas ou frágeis informações, o que leva à complexidade da ponderação das informações conflitantes e antagônicas apresentadas em juízo para prolação de decisões judiciais (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 31-35).

No mais, além de fomentar a chamada “narratividade”, o Sistema 1 opera um fenômeno denominado de *priming effect*, advinda “*da percepção de que certas ideias evocam/estimulam outras ideias, sem que tenhamos qualquer controle voluntário sobre esse mecanismo*”, podendo evocar também ações e emoções pela ativação “*incidental de estruturas de conhecimento, como traços conceituais e estereótipos, a partir do contexto situacional corrente*”, conforme citam Paola Bianchi e Alexandre Morais sobre pesquisas desenvolvidas por John A. Bargh, Mark Chen e Lara Burrows (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 35-36).

Por outro lado, para completar o processo dual de pensamento de forma racionalizada, encontra-se o Sistema 2³⁴, único capaz de abstrações e de operar através de um controle executivo, ou seja, de ajuste de tarefas. Entretanto, ante a sua lentidão, se comparada ao Sistema 1, e já guiado por percepções oriundas deste, bem como, diante do natural esforço exigido para

³⁴ “*Em contraste aos processos automáticos do Sistema 1, os processos mentais do Sistema 2 caracterizam-se por serem analíticos, deliberativos, amparados em regras normativas, bem como por exigirem alocação de atenção – a ponto de serem interrompidos se houver desvio de atenção. Enquanto o Sistema 1 limita-se a detectar relações simples recorrendo à memória associativa, o Sistema 2 ostenta as seguintes aptidões: “... é o único que pode seguir regras, comparar objetos com base em diversos atributos e fazer escolhas deliberadas a partir de opções”*”. (WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021. P. 39-40.)

a troca de tarefas a serem racionalizadas, muitas são as vezes em que, na tomada de decisões (inclusive judiciais), o Sistema 2 apenas concentra seus esforços em ratificar as impressões do Sistema 1. (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 40-43).

É a partir desse processo que são formadas as heurísticas e vieses, ou seja, os atalhos e erros sistemáticos que levam a tomada de decisões falhas em âmbito judicial.

Dentre as heurísticas e vieses, desenvolvidas pelo Sistema 1 e endossadas pelo Sistema 2, que comumente são encontradas presentes nas decisões, destacam-se neste momento quatro delas, pois permeiam uma melhor correlação com os aspectos envolvidos à crítica aplicação da Análise Econômica do Direito, sendo estas: a heurística da disponibilidade, relacionado diretamente aqui a heurística da correlação ilusória e ao viés confirmatório; a heurística da ancoragem; e os vieses da correspondência e do ator-observador (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 43-60).

A heurística da disponibilidade está relacionada à atribuição de uma maior frequência de ocorrência, nem sempre real, a um determinado fato, conforme a facilidade com a qual a mesma situação ou similares vêm à mente. Conforme citam Paola Bianchi e Alexandre Morais os termos trazidos por Massimo Piatelli-Palmarini, tal heurística pode ser descrita da seguinte maneira:

Quanto mais fácil conseguimos imaginar um evento ou uma situação, e quanto mais essa ocorrência nos impressiona emocionalmente, maior a probabilidade de pensarmos nisso como algo objetivamente frequente.
(WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021. P. 44.)

Destarte, a heurística da disponibilidade faz crer que um determinado evento é frequente, alterando as percepções sociais em torno deste, conforme a disponibilidade com a qual esse fato é acessado à mente. Decorre daí a sua vinculação com a heurística da correlação ilusória, posto que esta, consistente na *“tendência de considerarmos que dois eventos são relacionados, a despeito da inexistência de qualquer evidência factual nesse sentido”* (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 50), busca em eventos que são facilmente acessíveis à cognição uma relação com eventos outros que não necessariamente estejam relacionados.

Nesse sentido, a heurística da correlação ilusória, a partir de sua forma operacional, tem grande tendência *“a amparar estereótipos, sobretudo na medida em que uma atitude negativa adotada por um membro de um grupo raro está mais propensa a se tornar memorável e, assim, passar a ser identificada como todo o grupo”* (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 51) e com o endosso do viés confirmatório urge a tendência ao favorecimento de informações e fatores que

confirmem e reafirmem as percepções originárias e correlacionadas, negligenciando àquelas que podem ser contrárias a esta, muito embora possam ser mais críveis e evidenciáveis.

Já com relação à heurística da ancoragem, embora esta tenha se desenvolvido pensando em termos numéricos que servem como parâmetro para estimar quantidades desconhecidas, ela também se vê aplicável para opiniões, porque, como bem destacam os autores da obra ‘Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva’, ao trazer a abordagem de Massimo Piatelli-Palmarini, “*as âncoras também valem para opiniões, uma vez que, quando uma pessoa é instada a fazer julgamentos rápidos, desempenha uma autoancoragem (self-anchoring), de tal sorte a ficar sempre ancorada a sua opinião original*” (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 48). Assim, dados são recuperados da memória e servem como base para julgamentos e decisões atuais e futuras e servem como um suposto ‘ponto de partida’ para análise necessária a estes.

Por fim, com relação aos vieses de correspondência e do ator-observador, abordados conjuntamente por Paola Bianchi e Alexandre Morais, vez que dimensões opostas de uma mesma forma operacional, tem-se que o viés da correspondência se traduz como a tendência a analisar as atitudes alheias como sendo oriundas do caráter e da personalidade de cada indivíduo, desconsiderando os fatores situacionais no comportamento humano. Já o viés do ator-observador se apresenta com dupla perspectiva, a particular e a alheia, sendo que, para a primeira consideram-se os fatores sociais e situacionais como motivadoras de comportamentos e para a segunda consideram-se apenas os fatores inerentes ao ser, atribuindo-lhe características que justifiquem suas ações (WOJCIECHOWSKI; ROSA; P. 56-60).

Feitas essas considerações, acerca do que pode ser entendido como discriminação, bem como sobre as heurísticas e os vieses presentes nas tomadas de decisões, pode-se estabelecer uma suntuosa correlação entre a valoração econômica, a partir da Análise Econômica do Direito, e os aspectos sociais que levam à eficiência persecutória penal.

Como aludido sobre a forma como grupos dominantes fazem prevalecer seus privilégios em detrimento da igualdade com grupos minoritários, por exemplo, tem-se uma construção social que, em parte se oriunda dos aspectos econômicos de eficiência e da precificação de bens-jurídicos tidos como caros ao sistema, e que levam à construção de atalhos cognitivos e erros sistemáticos dotados de cunho discriminatório e econômico.

A Análise Econômica do Direito, dessa forma, passa a influenciar e se mostrar como um mecanismo de ancoragem para decisões judiciais, vez que torna mensurável os ganhos, as perdas, bem como os danos e a viabilidade de punição que decorrem da prática de ilícitos penais. Por conseguinte, a partir da disponibilidade que se lhe atribui, com a criação de

estereótipos e políticas já discriminantes que determinam ser viável ou não a ação repressiva direcionada a determinados grupos ou situações, enquanto a outros não, torna suscetível ao julgador confirmar premissas já internalizadas no Sistema do Direito e traduzidas para a linguagem do lícito e ilícito (punível/não punível).

Em outras palavras, por mais que a valorização por trás da análise de viabilidade de punição, assim como sua forma de fazê-lo, não seja meramente monetária, atribui-se a ela este condão, através de certo trabalho de precificação do bem estar social que se confirma em sede judicial, a partir de decisões marcadas pela predominância de heurísticas e vieses cognitivos.

Capítulo 3- Análise Econômica do Direito e eficiência penal: uma abordagem crítica

Chegado o ponto no qual todos os excertos teóricos exarados até o presente momento, com suas respectivas considerações, constituir-se-ão num escopo único para a análise do que se encontra em termos de eficiência persecutória penal em nosso país.

Nesse diapasão, a partir da apresentação de dados relativos à realidade carcerária retirados do DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional será proposta uma correlação entre a Análise Econômica do Direito e todas as premissas apresentadas nos primeiros capítulos do presente trabalho, para a compreensão (ou, pelo menos, elucidação) do aspecto discriminante e enviesado por trás das decisões, ilustradas por alguns exemplos trazidos à baila, em âmbito penal.

3.1) Uma perspectiva fática em termos criminais

O Brasil conta com uma vasta população carcerária, compreendida, até junho do ano de 2021, por 815.165 pessoas, incluídas as prisões domiciliares e excluídas aquelas sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares, conforme dados disponíveis no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do SISDEPEN³⁵.

Há de se considerar também, dentro desse mesmo período de 2021, que muitos dos presos são jovens com idade entre 18 e 29 anos e jovens adultos de 30 a 34 anos, que juntos somam um total de 464.161³⁶ pessoas. Isso significa dizer que boa parte da mão de obra do país se encontra confinada ao cumprimento de penas, o que, por si só, representa uma perda para a economia nacional em termos de produção e desenvolvimento econômico.

Além disso, não há só uma população carcerária bastante jovem, como já apontado. Tem-se que ela é composta majoritariamente por pessoas pardas, negras e sem os estudos

³⁵ BRASIL, DEPEN, *Presos em Unidades Prisionais no Brasil*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWl3YjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

³⁶ BRASIL, DEPEN, *População prisional por faixa etária*. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWl3YjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

completos³⁷. Analisando esse fator a partir da visão de Adilson José Moreira³⁸ é possível verificar o caráter institucional-discriminatório que alimenta o sistema carcerário nacional, pois este se compõe majoritariamente de indivíduos que compõem um padrão valorado negativamente pela sociedade como um todo e que se veem excluídos de oportunidades tantas.

Nesse diapasão, Ulrich Beck (2011) traz em sua obra “*Sociedade de Risco: rumo à outra modernidade*”, a ideia da institucionalização dos padrões biográficos que permeiam uma sociedade individualizada, marcada por imanentes contradições no processo *individualizatório* que impõe, ao mesmo tempo em que atribui ao indivíduo um protagonismo central, o ônus de uma padronização controlada por elementos extrínsecos aos mesmos, com base nas estruturas de mercado e modelos institucionais. Nesse sentido, discorre que:

Na modernidade avançada, a individualização se consoma sob as condições liminares de um processo de socialização que progressivamente impossibilita emancipações individuais: é certo que o indivíduo se desonera de estruturas de sustento e vínculos tradicionais, mas recebe em troca as pressões do mercado de trabalho, de uma subsistência baseada no consumo e nas padronizações e controles contidos em ambos. Em lugar dos vínculos e formações sociais *tradicionais* (classes sociais, família nuclear), entram em cena instâncias e instituições *secundárias*, que imprimem sua marca na trajetória do indivíduo e atuam no sentido contrário ao arbítrio individual que se realiza sob a forma de consciência, tornando-o um brinquedo de modas, circunstâncias, conjunturas e mercados.

A vida privada individualizada se torna assim cada vez mais patente e claramente dependente de circunstâncias e condições que escapam inteiramente ao seu controle. Paralelamente, surgem situações de risco, conflituosas e problemáticas, que se contrapõem, por conta de sua origem e seu feitio, a qualquer tipo de arranjo individual. (...)

Trajetórias de vidas cujos ritmos de desenvolvimento são marcados pelo estamento, por culturas de classe ou pela família são sobrepostas ou substituídas por *trajetórias de vida institucionalmente padronizadas* (...)

Individualização significa dependência do mercado em todas as dimensões da conduta na vida. As formas de subsistência que surgem correspondem a um *mercado de massa* e a um *consumo de massa* atomizados, inconscientes de si mesmos (...). Em outras palavras, as individualizações conduzem as pessoas a *uma padronização e um*

³⁷ Referência: junho de 2021. A composição da população por cor/raça no sistema prisional soma, entre a população com informações, **323.050 pessoas pardas e 106.205 pessoas negras**. BRASIL, DEPEN, *Composição da população por cor/raça no sistema prisional*. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTZBjMTUwYjYtNjFmNS00MjFkLTljN2QtZDlmZmZjMmRkYjFiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

Com relação ao nível de escolaridade da população carcerária do país, os dados foram retirados da base de dados do DEPEN para o primeiro semestre de 2021. Nesta referida base de dados consta que fora informado o grau de instrução de 667.210 presos, dentre os quais **47.140 deles não possuem nenhum grau de instrução formal** (sendo que 19.139 destes são analfabetos); **303.898 possuem o ensino fundamental incompleto; 80.731 possuem ensino fundamental completo; 108.942 possuem o ensino médio incompleto; 73.260 possuem o ensino médio completo; 7.780 possuem o ensino superior incompleto; e apenas 4.975 possuem o ensino superior ou acima do superior completo** (acima do superior sendo apenas 225 destes). BRASIL. **DEPEN**. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*

Dados consolidados em arquivos com extensão .xls. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/bases-de-dados>>. Acesso em: 20 de Março de 2022.

³⁸ MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020. P. 324 – 524.

direcionamento controlados de fora, para os quais os nichos das subculturas estamentais e familiares sempre foram estranhos.
(BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2º Ed. São Paulo: Editora 34, 2011. P 194-195)

Consideradas as visões do professor Adilson José Moreira³⁹ acerca da discriminação, com os apontamentos de Ulrich Becker⁴⁰, possível perceber que, ao mesmo tempo em que a institucionalização impõe um padrão mercadológico a ser seguido pelos indivíduos, tornando-os “*joguete de modas, circunstâncias, conjunturas e mercados*” (BECK, 2011. P. 194) e atribuindo-lhes a responsabilidade e riscos por suas opções tidas como protagonistas, embora carregadas de externalidades tantas, também a conjuntura social priva ou dificulta o acesso de determinados atores aos mecanismos de consolidação deste padrão.

Por óbvio não é possível generalizar todos os casos em uma única premissa, mas, diante das características que mais são encontradas no sistema carcerário, pode-se inferir, até pelo fato de que a maioria dos crimes praticados é de cunho patrimonial, conforme se demonstrará a seguir, que muitos destes são oriundos da falta de acesso e oportunidades enfrentada pela população. Nesse sentido, conforme Ulrich Beck (2011), sobre o *processo individualizatório*, outrora mencionado, tem-se que:

A esfera privada não é o que parece ser: uma esfera delimitada em oposição ao mundo à sua volta. Ela é *uma exterioridade internalizada e tornada privada, uma exterioridade de circunstâncias e decisões* definidas alhures (nas emissoras de televisão, no sistema educacional, nas empresas, no mercado de trabalho, no trânsito etc.) em patente desconsideração pelas consequências biográfico-privadas.

A dependência institucional, aumenta também, entre as individualidades correspondentes, a *suscetibilidade a crises*. A dependência institucional, em lugar de contar com um alcance universal, apoia-se em determinadas prioridades. A chave da garantia de subsistência reside no mercado de trabalho. A aptidão para o mercado de trabalho exige formação. Quem quer que não a receba estará socialmente à beira do abismo material. Sem os respectivos certificados escolares, a situação é tão desastrosa quanto com eles, exceto pela possibilidade de obter um emprego. Chegando a essas condições, aqueles a quem já de entrada foi vedado o acesso a uma formação profissional caem no abismo social. A oferta ou a recusa de vagas de aprendiz se converte numa questão de entrada na sociedade ou saída dela. Ao mesmo tempo, “altos e baixos” conjunturais ou demográficos podem jogar *gerações inteiras para o escanteio existencial*. Isto é: situações individuais institucionalmente dependentes fazem surgir, justamente ao longo de variações conjunturais da economia e do mercado de trabalho, medidas que, apoiadas nos respectivos “espíritos de corpo”, favorecem ou discriminam em função da geração dos afetados.

(BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2º Ed. São Paulo: Editora 34, 2011. P. 197)

³⁹ MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório.** São Paulo: Editora Contracorrente. 2020. P. 324 – 524.

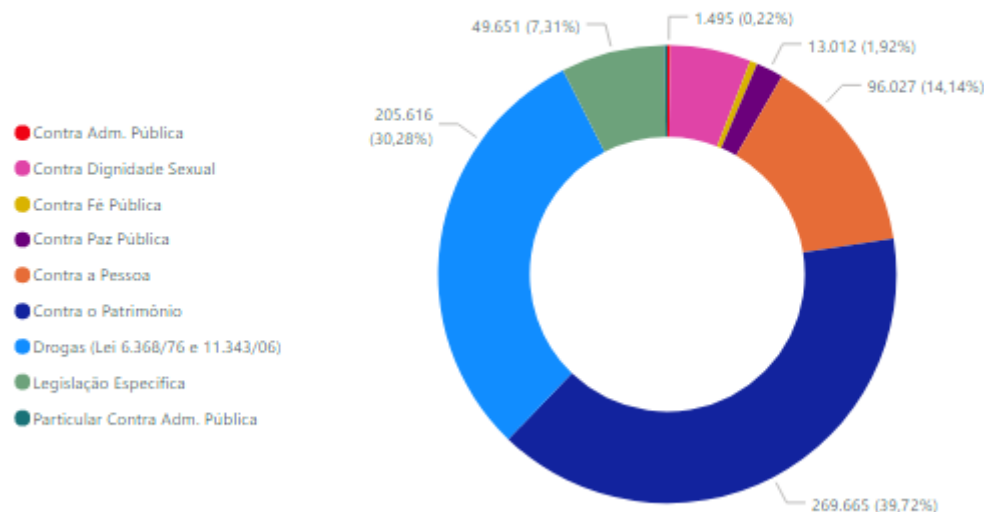
⁴⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2º Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

Como se vê, a dependência institucional aumenta a suscetibilidade de crises, pois muitos serão os agentes, individualizados, que estarão a margem ou terão dificuldade de acesso aos padrões institucionalizados que a todos se impõem. “*Como consequência, abrem-se as comportas da subjetivização e individualização dos riscos e contradições social e institucionalmente produzidos.*” (BECK,2011, P.200).

Com o viés “individualizatório” e a partir da então necessidade de se integrar socialmente aos padrões institucionalizados, mas sem acesso aos mesmos por meios outros, abrem-se as janelas da criminalidade como uma via mais célere e viável de obtenção de vantagens patrimoniais. Daí o fato de serem os crimes patrimoniais aqueles mais recorrentes em nossa sociedade hodierna (bem como aqueles de cunho econômico, como, por exemplo, ligados a Lei de Drogas), conforme se pode constatar abaixo:

Gráfico 1- Quantidade de incidências por tipo penal

Total por Categoria:



FONTE: **DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional.** *Quantidade de incidências por tipo penal.*

*Período de janeiro a junho de 2021. Excluem-se os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares – (Outras prisões).

Nítida a percepção, portanto, de que a maioria dos crimes que, quando praticados, levam ao encarceramento possui um condão totalmente econômico, vez que hipótese de crimes contra o patrimônio⁴¹. Por serem os que mais se punem, bem como que muito se praticam, conforme

⁴¹ Previstos no Título II da parte especial do Código Penal, os crimes contra o patrimônio são: Furto (arts.155 e 156); Roubo e Extorsão (arts. 157 a 162); Dano (arts. 163 a 167); Apropriação indébita (Arts. 168 a 170); Estelionato e outras fraudes (arts. 171 a 179); Receptação (art. 180 e 180-A). BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de

se presume do cotidiano e do número de ocorrências registradas em 2021⁴², ilustrarão os crimes patrimoniais a discussão fática do presente trabalho (até mesmo pela facilidade associativa de uma Análise Econômica aos crimes que possuem condão diretamente econômico-patrimonial).

Diante desses dados, não há como afastar a Análise Econômica do Direito com sua percepção trazida por Becker⁴³ de que os infratores realizam uma ponderação acerca dos ganhos a serem auferidos com a prática criminosa e os custos que esta poderia acarretá-los, como, por exemplo, os decorrentes de uma condenação, em comparação com o que poderia ser auferido de ganho por meios lícitos. Em contrapartida, visto do lado institucional/estatal, pode-se vislumbrar, a partir de uma lógica de eficiência social bastante parecida, que a decisão institucional e estatal de punir e investir para o combate dos crimes patrimoniais também busca embasamento na consideração do quanto vale fazê-lo. Esse levantamento muitas vezes não se pauta apenas pelo simples cálculo matemático, mas também pela consideração da valoração social que esta decisão irá ocasionar; o que não deixa de ser uma análise em termos econômicos.

Por mais difícil que seja precisar os prejuízos causados em termos patrimoniais e de desenvolvimento econômico pelos crimes deste gênero que são praticados no país, é possível verificar que o Estado dispõe de muito recurso para suprir as despesas carcerárias. Senão vejamos as informações trazidas a esse título pelo DEPEN para o mês de junho de 2021⁴⁴, ressaltando-se que Santa Catarina e Tocantins não forneceram dados:

7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de Março de 2022.

⁴² Foram registradas 338.023 ocorrências de cunho patrimonial na base do SINESP, compreendidas pelos crimes de furto de veículo, roubo de instituição financeira, roubo de carga, roubo de veículo e roubo seguido de morte (latrocínio), vez que apenas é feito o levantamento acerca de 8 tipificações penais bastante específicas. BRASIL. **Ministério da Justiça**. *Portal de dados Dados.MJ. SINESP*. Disponível em: <<https://dados.mj.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>>. Acesso em 21 de Março de 2022.

⁴³ BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968).

⁴⁴ Apesar de estarem disponíveis dados mais atuais acerca desse ponto, optou-se por selecionar os dados referentes a junho de 2021 para padronização com os informes acerca do número de presos, permitindo assim uma representação mais próxima da realidade.

Imagem 1 – Custo do Preso

Despesa Total	
R\$ 1.420.834.055,36	
Despesa com Pessoal	Outras Despesas
R\$ 1.041.579.529,06	R\$ 379.254.526,30
Custo Médio do Preso por Unidade Federativa	
R\$ 1.979,22	

FONTE: **DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional**. *Custo do preso*.

Claro que os custos totais acima colacionados englobam o valor despendido com toda sorte de crimes praticados, e não apenas os patrimoniais; entretanto, com base no custo médio do preso por unidade federativa, considerando para o cálculo aqueles em estabelecimentos prisionais⁴⁵, tem-se que, aproximadamente 40%⁴⁶ desse valor fora destinado aos presos que cometeram crimes patrimoniais. Para determinar um custo para punição destes infratores, a esse valor devem ser somadas também as perdas/custos que o Estado e a sociedade têm com a prática desses crimes (para além dos danos imediatos e o que deixa de produzir economicamente a

⁴⁵ Conforme dados do DEPEN, encontram-se presas em celas físicas em âmbito da justiça estadual 673.614 pessoas, bem como 549 pessoas em âmbito federal, totalizando 674163 presos. BRASIL, **DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional**. *Presos em unidades prisionais no país* em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWl3YjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MlYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> >. Acesso em: 20 de Março de 2022.

⁴⁶ O valor é aproximado e pode apresentar inconsistências, vez que os dados do DEPEN não discriminam, por tipo penal, o regime de cumprimento de pena dos presos.

A projeção desse percentual foi alcançada a partir da seguinte operação matemática: tendo-se que o total de presos em unidades prisionais no país corresponde a 674.163 pessoas. Esse valor for multiplicado pelo custo médio de cada preso (R\$1.979,22), resultando em R\$1.334.316.892,86 reais gastos ao total com todos eles. Nesse ponto, ressalte-se que o valor corresponde quase ao total geral de gastos o que poderia parecer estranho, entretanto é crível considerar que no valor individual mensal de cada preso já estejam inclusas despesas com o pessoal, por exemplo – embora não se possa dizer quais valores não estejam inclusos, por mais que se suponha que sejam aqueles referentes ao acompanhamento dos presos em regime aberto e domiciliar-. Calculado o total gasto com os presos em si, cabe realizar a mesma operação discriminando apenas os presos pelo cometimento de crimes patrimoniais (aqui pode haver a inconsistência pela falta de dados que remetam a quantidade real destes que estejam em unidades prisionais). Nesse sentido, multiplicando-se o número de presos pela prática de crimes patrimoniais (269.665 pessoas) pelo gasto médio mensal por preso (R\$ 1.979,22), temos que R\$533.726.361,30 são destinados para esse grupo específico de presos, correspondendo, portanto, a aproximadamente 40% do valor total gasto nesse sentido (39,99%).

população carcerária, considerar também os gastos com segurança pública, por exemplo), o que leva a conclusão de que punir esses crimes é bastante caro.

Fazendo um adendo, ainda que não integrem o recorte exemplificativo realizado no presente trabalho, não são apenas os crimes patrimoniais que possuem um condão propriamente econômico, pois também o são assim muitos dos crimes ligados a Lei de Drogas, como o tráfico, por exemplo. Essa realidade, se calculada conjuntamente com aquela já elucidada, demonstraria o aumento dos custos com o combate e punição dessas práticas de forma bastante expressiva, já que estes crimes se encontram em segundo lugar em termos de maior incidência penal geral.

Não desconsiderado o elevado custo da punição dos crimes patrimoniais para a sociedade, em termos de despesas estatais e perdas econômicas gerais, esta (punição) se justificaria também no ímpeto de satisfazer as expectativas sociais de ver punidos aqueles que violam o patrimônio alheio, corroborando com a manutenção do controle social pelas classes dominantes. Como já bem discorria Maquiavel em sua obra ‘O Príncipe’ “... *sobre todas as coisas, não deve tocar na propriedade alheia, pois os homens esquecem mais facilmente a morte do pai do que a perda do patrimônio*⁴⁷”.

Há, conforme pondera Busato, uma preferência “*em favor da hierarquização dos valores e interesses individuais frente aos coletivos*” e dentre estes, “*ainda que as Constituições reconheçam como exclusiva a proteção de direitos fundamentais da pessoa..., este reconhecimento não se congratula com a estrutura sistemática que seguem alguns Códigos Penais ao dar uma importância primária à proteção do direito de propriedade*⁴⁸” (BUSATO, 2015 P.75).

Assim, falhando em promover uma sociedade mais equitativa e justa para todos os cidadãos, opta-se por destinar recursos esparsos para reprimir, com base nos valores sociais do que é tido como um bem jurídico tutelado penalmente (propriedade)⁴⁹, práticas que poderiam facilmente ser dissuadidas com uma melhor distribuição de renda e mais acesso a

⁴⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Dominique Makins a partir da edição inglesa de W. K. Marriot. São Paulo: Hunter Books, 2011. P.133.

⁴⁸ Em nota de rodapé o autor discorre: “*Basta ver que o Código Penal brasileiro dá maior importância ao patrimônio do que à própria vida, uma vez que opta por situar o crime complexo que envolve ambas as violações de bens jurídicos (vida e patrimônio), qual seja, o latrocínio, no capítulo dos crimes contra o patrimônio. Com isso, deixa claro que são a vida e a integridade física que constituem apêndice da desvalorização do ataque ao patrimônio e não o contrário.*” BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.75.

⁴⁹ Pondere-se que a crítica não é necessariamente voltada ao patrimônio/propriedade e sua proteção, vez que esta se faz necessária na conjuntura atual, mas sim a forma como esta se dá. Seriam viáveis outras formas compensatórias que não a prisão (diz-se compensatórias, porque este é o papel que adquire a prisão nestes casos, onde não se vislumbram quaisquer traços de um papel “ressocializador” da mesma, já que esta priva ainda mais o retorno sadio a sociedade daquele que foi preso). No mais, tendo em vista que o mercado influencia diretamente no papel “individualizatório”, fácil perceber o porquê da valoração social em torno do patrimônio individual.

oportunidades. Afinal, o que justificaria, ainda assim, que do ponto de vista dos infratores a prática do ilícito compense, juntamente com a possibilidade de impunidade, como já mencionado, é o fato de que, por vias lícitas lhes seja e pareça menos acessível e compensatória a aquisição patrimonial⁵⁰.

No mais, ante a já institucionalizada forma discriminatória como são tratados os grupos que predominantemente se veem punidos pelas práticas criminais, vão se estabelecendo padrões de julgamentos baseados em heurísticas e vieses que fortalecem a repetição sistêmica de determinado padrão comportamental, com respaldo, por exemplo, na heurística da ancoragem e no viés confirmatório e de correspondência⁵¹.

A repetição destes padrões, além de reforçar os aspectos discriminatórios da sociedade, estabelece uma diferenciação semântica em termos de intensidade na linguagem do legal/ilegal, dentro do Direito Penal. Isto porque, quando praticados por determinados grupos, os crimes serão valorados como mais ou menos reprováveis, considerando que a eficiência do Sistema Penal como um todo passa a operar através da ponderação econômica de custo-benefício social. Assim, embora a ponderação jurídico-econômica em termos penais devesse advir do Sistema 2 do cognitivo humano, uma vez assentada em crenças e valores advindos do Sistema 1, encontra-se carregada de vícios que levam às decisões injustas e seletivas⁵².

3.2) Relativização e seletividade penal como fonte de injustiça

Uma abordagem econômica sobre a eficiência persecutória penal, crítica por trazer aspectos discriminatórios à mesma e englobá-la como linguagem transmutada para o sistema do Direito Penal, não poderia deixar de ressaltar a forma como essa dinâmica econômica de valoração de bens jurídicos penais interfere na aplicabilidade de princípios caros ao subsistema ao qual pertencem. Fato é que, contaminado por vieses tantos, não permanecem incólumes os princípios basilares ao Direito e Processo Penal.

⁵⁰ Conforme se poderia concluir a partir da visão apresentada por Becker. (BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968)).

⁵¹ Referência aos já mencionados vieses discutidos na obra de Paola Bianchi e Alexandre Morais. WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2ª Ed. Florianópolis: Emais, 2021.

⁵² Trata-se de conclusão pessoal alcançada através da ponderação quanto as teses anteriormente apresentadas, por isso não foram referenciados novamente os autores já trazidos à baila, sendo os principais destes LUHMANN, BECKER, WOJCIECHOWSKI, ROSA, e MOREIRA.

Pensando nisto, com aparo na visão de Roxin acerca da proteção dos Bens Jurídicos ser a razão última do Direito Penal⁵³, bem como no que lecionam Paulo César Busato⁵⁴, Luiz Regis Prado⁵⁵ e Rogério Greco⁵⁶, serão discorridas algumas palavras, ressalte-se, insuficientes para esgotar o tema, mas ao menos capazes de introduzi-lo, acerca de alguns dos princípios penais e a forma como são relativizados de modo discriminatório, com a ilustração exemplificativa a partir de alguns casos noticiados.

Nessa toada, considerando-se o bem jurídico como uma criação social valorativa voltada a manutenção de uma vida em consonância com os Direitos Humanos e socialmente viável, e não como mero objeto de origem jurídico-penal, Busato (2015) discorre sobre sua correlação com a Constituição para tratá-lo como uma “*referência político-criminal*”. Em suas palavras:

As tendências atuais dominantes orientam-se a fundamentar o *bem jurídico desde a política criminal*. Ou seja, se vincula a teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado. Dentro dessa tendência são duas as orientações: uma de tendência jurídico-constitucional e a segunda de tendência sociológica.

(BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.51).

Assim, se por um lado o bem jurídico penal pode encontrar na Constituição um referencial negativo relativo⁵⁷, deve também estar alinhado aos anseios sociais com a observância e respeito a princípios basilares, como o da igualdade e liberdade, de modo que “*uma eleição do bem jurídico socialmente essencial não se pode confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional*” (BUSATO, 2015. P. 54). Desse modo, tem-se que a norma, por sua vez, não pode ser compreendida como a origem da proteção dos bens jurídicos, mas sim como um elemento que concentra a necessidade de refletir a proteção de um (ou mais) desses bens para que possa cumprir seus propósitos de validade e legitimidade (BUSATO, 2015. P. 58). Ainda, Luiz Regis Prado, discorre:

⁵³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ªEd. 3ª Triagem. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

⁵⁴BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8ª Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019.

⁵⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020.

⁵⁷ “É forçoso reconhecer que um bem jurídico que não figura na constituição *pode ser* um daqueles que não figuram no rol de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade e, como tal, estaria fora do âmbito de proteção de um Direito penal de mínima intervenção. Por outro lado, isso não permite concluir que a inclusão de um bem jurídico no rol daqueles que merecem atenção constitucional impliquem necessariamente um nível tal de relevância que implique na necessidade de proteção penal.” BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.52.

O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário.

Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um determinado momento histórico-cultural. Isso porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana.

A característica *–relatividade–* baseia-se “no fato de que a avaliação dos círculos de conduta delitiva deve estar conectada à necessidade de garantia e às representações de valor da sociedade nas situações históricas singulares”. Essencialmente, há uma dependência “dos interesses mutáveis e diversos do Estado e da coletividade, pelo que cada sociedade e cada época têm seus especiais objetos de tutela”. Ademais, a substancialidade do bem jurídico põe em destaque a necessidade de uma valoração ética.

(PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019. P.92.)

É a partir dessa construção que o Direito Penal opera. Entretanto, se por um lado “*em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa*” (PRADO, 2019, P. 80), é em razão de uma hierarquização dos valores e interesses tutelados por este, mencionada no tópico antecedente, marcada pelas “*convicções sociais*”, que se estabelece a natureza discriminatória e seletiva deste subsistema. Nesse sentido:

O controle social não é exercido de modo uniforme e igual. A decantada *igualdade perante a lei*, de cunho meramente formal, traduz-se, na prática, em uma fórmula que abre espaço para que outras diferenças, especialmente as de cunho social e econômico, interfiram na produção final do perfil de atuação do sistema jurídico-penal. Daí que se pode facilmente perceber a natureza seletiva e discriminatória do exercício do controle social pelo sistema punitivo.

(...)

Além de atentar para como se desenvolve o controle social através do Direito penal, é muito importante destacar o fato de que essa forma de controle reflete sempre o modelo de Estado adotado. O que concretamente podemos dizer é que na América Latina os ideais iluministas seguem sem cumprir-se. Ainda se espera uma sociedade que concretize os princípios iluministas, principalmente os de igualdade e liberdade. A falta de obediência a estas propostas faz com que se mantenha até hoje uma configuração de Estado com cores absolutistas, na medida em que os sucessivos modelos sociais ainda não têm o homem como ponto de partida de toda construção social, mas sim a economia. Como consequência, o mecanismo de controle social segue sendo altamente discriminatório e seletivo.

(BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ª Ed. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.75-76.)

Percebe-se que a valoração dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não segue um raciocínio humanista, senão econômico, sendo toda a política criminal baseada nesta construção de bases instáveis para o desenvolvimento igualitário da sociedade.

Não só isso, o Direito Penal passa, ademais, por um fenômeno de expansão, contaminado por seu caráter discriminatório e seletivo, com o aumento de sua alçada de atuação (com novos tipos penais, agravamento de penas e promulgação de leis especiais, por exemplo),

assumindo um viés maximizado. Assim, nas palavras de Rogério Greco, “*o Direito Penal moderno,..., segue as orientações político-criminais de um direito penal máximo, deixando de lado, muitas vezes, as garantias penais e processuais penais, sob o argumento, falso em nossa opinião, de defesa da sociedade*”. (GRECO, 2020. P. 36.)

É assim que diversos casos de injustiça são perpetrados, escancarando a forma através da qual são subjugados determinados grupos sociais e étnicos, aos quais se reserva a aplicação da Lei em sua leitura mais punitivista e “*pro societate*” possível, contrariamente aos verdadeiros princípios da Liberdade, Igualdade Substancial e da Dignidade da Pessoa Humana.

Esta maneira como se opera a natureza seletiva e incriminadora no controle social jurídico-penal foi magistralmente sintetizada, de forma crítica e ponderada, por Busato (2015), nos seguintes termos:

Tanto a criminologia crítica como a moderna sociologia criminal puseram em evidência como opera a natureza seletiva e incriminadora no controle social jurídico-penal. A etiqueta final do sujeito selecionado e incriminado é a de “delinquente”.

Para chegar a esse qualificativo ele deve passar por *duas fases* que, como veremos, se encontram também condicionadas por fatores socioeconômicos, produzindo-se observáveis desigualdades ao não se cristalizar o princípio da igualdade material, que fica reduzido simplesmente à expressão: “a lei se aplica a todos por igual”. Ocorre que, conforme comenta Dimoulis, “*a igualdade é ‘livre’ (significa liberdade), porque oriunda da vontade das pessoas de viverem livres sendo iguais. Ou seja, a liberdade pressupõe igualdade, com o que não é livre não é igual. “e a igualdade substancial (eliminação de todas as discriminações no exercício da cidadania, no sentido amplo da palavra) aparece como condição fundamental da liberdade de todos*”.

No processo de “*criminalização primária*” são selecionadas as condutas que põem em risco o sistema e estabelecem suas definições com suas respectivas consequências jurídicas: penas ou medidas de segurança.

Requer-se todo um mecanismo de perseguição para poder incriminar aqueles que transgridam as normas estabelecidas: policiais, juízes, promotores, advogados etc.

A estes se lhes denomina “operadores do Direito” e são aqueles aos quais compete pôr em marcha todo aparato incriminador conhecido como “*criminalização secundária*”.

Estudos empíricos criminológicos põem em evidência que o sistema de controle social jurídico-penal opera de forma seletiva e discriminadora, em suas duas fases. Basta percorrer os estabelecimentos penitenciários para comprovar que mais de noventa por cento de sua população pertence aos setores social e economicamente mais deprimidos, dos quais bom número chegam aí em razão da prática de delitos econômicos.

Do mesmo modo que os primeiros, a “delinquência de colarinho-branco” não apresenta problemas de regulação nos códigos penais, exceto por alguns “vazios legais”. Condutas tais como: lavagem de dinheiro, delitos societários, crimes falimentares, delitos fiscais, delitos ecológicos, tráfico de influências etc. se encontram regulados pelos Códigos penais ou legislações penais extraordinárias.

O problema surge quando se tem que pôr em marcha todo o aparato incriminador (fase de “*criminalização secundária*”) e poder, finalmente, incriminar com a mesma contundência os marginalizados que cometem delitos de colarinho-branco, para chegar, ao final, a uma idêntica qualificação como “delinquentes”.

Na América Latina, são mais que evidentes os obstáculos que se apresentam para levar a cabo a criminalização secundária para a delinquência de colarinho-branco. Os índices não são mais do que vergonhosos. As razões são muitas: o poder econômico e político de seus autores e também o seu prestígio. Muitos desses processos de

criminalização terminam tão somente em uma triste folha de expediente perdida em uma gaveta de alguma delegacia de polícia, ou nem mesmo isso.”
(BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P. 84-86.)

Inobstante a extensão do trecho acima elencado, fez-se necessária a sua transcrição de maneira tal pela sorte de excelência que o marca, tornando-o objeto de importante elucidação do que se tem dito até o presente momento nesta dissertação. Outrossim, ressalte-se como o trecho acima corrobora e endossa os dados e conclusões apresentados no ponto antecedente quanto à realidade do sistema penitenciário nacional.

A visão crítica sobre as políticas criminais e forma de atuação estatal no combate as infrações é necessária, portanto, para compreensão da sociedade discriminatória como um todo, conseqüente ao fato de que, embora esferas distintas, o subsistema do Direito Penal reflete no Sistema Social ao mesmo tempo em que o tem como fornecedor de subsídios para sua retroalimentação em termos semânticos de lícito/ilícito.

De mais a mais, não ignorado o fato da seletividade na fase de criminalização primária, vez que não são raras as leis promulgadas que têm como origem de sua suposta necessidade a proteção de direitos (não necessariamente bens jurídicos) de classes dominantes e com poderio suficiente para persuadir o Poder Legislativo nacional⁵⁸, é na criminalização secundária que se encontram mais ainda disparidades capazes das mais diversas sortes de injustiça.

Nessa toada, a criminalização secundária, advinda da atuação sistemática dos operadores do Direito, vem representar uma fragmentação qualitativa, voltada a intensidade com a qual serão aplicadas as repressões e sanções penais, ainda que previamente a análise de eventual caso concreto, sobre determinada parcela de indivíduos relacionados como pertencentes a um subsistema socialmente indesejável e localizado à margem da sociedade que se delimita por seus padrões de mercado.

Nesse mesmo sentido, discorre Rogério Greco:

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado.

⁵⁸ Cita-se como exemplo a qualificadora do Furto de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, prevista no parágrafo 4º-A, do artigo 155, do Código Penal, que representa claramente a influência dos lobbies de Seguradoras Automotivas na atuação do Poder Legislativo. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, com a precisão que lhes é peculiar, aduzem: “A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária* porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual o seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorealiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.”

(GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020. P.157.)

Os motivos que levam à criminalização secundária e consequente vulnerabilidade frente ao *jus puniendi* estatal de certas parcelas sociais e étnicas são dos mais diversos: desde a construção social hodierna, marcada por uma ideologia discriminatória e de mercado; até mesmo os vieses confirmatórios e do ator-observador e heurísticas da ancoragem e da correlação já estabelecidos nas decisões judiciais (nos quais tais parcelas marginalizadas tem como ponto de partida a condenação e não a absolvição, levando a operação induzida do Sistema 2 a buscar ‘provas’ condenatórias, já que tais comportamentos delitivos estariam supostamente associados a questões interiores aos seus praticantes); bem como a disponibilidade informativa que torna esta criminalidade aparente, por exemplo.

Assim, o Direito Penal, em verdade, opera para que tais grupos passem a ser reprimidos em prol de uma suposta eficiência econômica (não necessariamente financeira, ressalte-se) do que seria mais viável para a sociedade, considerando-se a escassez de recursos para reprimir todos os ilícitos praticados.

Para ilustrar essa realidade, traz-se o recorte de algumas notícias, a começar pelo ‘Monitor da Violência’ elaborado pelo G1 em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da USP, que traz os alarmantes dados:

- A raça de cerca de 2,5 mil das mais de 6,1 mil pessoas mortas pela polícia em 2021 não foi divulgada, ou seja, 41% do total
- Entre os 3,6 mil casos em que a raça foi divulgada, porém, mais de 900 constam com a raça “não informada”
- Das 2,7 mil vítimas para as quais há, de fato, a informação da raça, 2,2 mil são negras (81,5%)

(G1 - Clara Velasco, Alessandro Feitosa Jr. e Felipe Grandin. **11 estados não divulgam dados completos de raça de mortos pela polícia; números disponíveis mostram que mais de 80% das vítimas são negras**. 04/05/2022. 20:20 BRT.)

Os vieses discriminatórios estão presentes em todas as fases da persecução penal, não apenas nas abordagens policiais que resultam em morte ou nos álbuns de suspeitos elaborados,

muitas vezes, com fotos retiradas de redes sociais de maioria negra e parda⁵⁹, em uma clara afronta a princípios como o da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana⁶⁰, como também nas demais fases do processo penal. Assim, começa a chaga de diversos inocentes que, por apresentarem determinadas características, são condenados ou, de outros modos, prejudicados injustamente.

É o caso de um jovem negro, Tiago Viana Gomes, que já foi acusado injustamente por crimes patrimoniais 8 vezes, após reconhecimentos falhos (que foram a única prova nos processos) advindos de ter sua foto incluída no álbum de suspeitos. O mesmo fora absolvido nestes casos e teve um último processo julgado pelo STJ em mesmo sentido⁶¹.

O reconhecimento falho, marcado por um olhar socialmente discriminante, levou ao cárcere, por mais de 3 anos, Thiago Augusto, por supostamente participar de um assalto com tentativa de homicídio, quando na verdade estava em outro local no momento do crime, conforme provou por gravações. A fundamentação para sua condenação fora apenas ter sido reconhecido pela vítima sobrevivente e nada mais. Restando impunes os verdadeiros autores dos crimes⁶².

Assim, se por um lado são princípios a Presunção de Inocência⁶³ e o *In dubio pro reo*⁶⁴, por outro, basta ter características similares aquelas das descritas por vítima de roubo, que isto

⁵⁹ ESTADÃO. Samara Oliveira. **Álbum de suspeitos escancara racismo institucional, dizem especialistas. Inocentes são presos por falha no reconhecimento fotográfico e infraestrutura ruim no trabalho da polícia.** 28/12/2021. Disponível em: <<https://expresso.estadao.com.br/naperifa/album-de-suspeitos-escancara-racismo-institucional-dizem-especialistas/>>.

⁶⁰ Nas palavras de Luiz Regis Prado: “*O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. (...) Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade a priori, positivado jurídico-constitucionalmente.*” (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019. P.102-103.)

⁶¹ IDDP – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto.** 15/12/2020. Disponível em: <<https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>>.

⁶² SBT NEWS. **Homem prova inocência após ficar mais de três anos preso. Rapaz negro foi ilegalmente condenado por participar de assalto, mas inocentado estava em outro local.** 01/04/2022. Disponível em: <<https://www.sbtnews.com.br/noticia/primeiro-impacto/203190-homem-prova-inocencia-apos-ficar-mais-de-tres-anos-presos>>.

⁶³ Conforme Art. 5º, inciso LVII: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

⁶⁴ Art. 386 do Código de Processo Penal: “*O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II - não haver prova da existência do fato; (...) V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.*” BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

o torna autor de um crime. Conforme notícia do ‘*El País*’, foi o que também aconteceu com Gabriel Silva Santos, quando foi preso pela polícia militar da Bahia por suspeita de roubo. O jovem ficou preso por 24 horas (tempo que só não foi maior graças a manifestações que foram realizadas por militantes antirracismo), sendo registrado contra ele um flagrante, com base exclusivamente em ser negro, loiro e ter tatuagens, descrição que as vítimas haviam feito do autor do roubo, mesmo quando não foi reconhecido como tal pelas mesmas⁶⁵.

Não apenas Gabriel, mas também Gislayne Elizabete, mulher negra de 45 anos, teve negada vigência a princípios basilares por razão discriminatória, não lhe sendo assegurado, dentre outros, o Devido Processo Legal⁶⁶ (sequer houve uma audiência de custódia) quando fora conduzida por policiais para prestar depoimento por suposto furto de celular que teria cometido em 2007 –fato inverídico, já que a mesma nunca havia saído de seu estado e o crime ocorrera em outro-, e acabou sendo presa sem sequer ser ouvida. A prisão ilegal durou onze dias, até que, graças a atuação de sua defesa, a justiça reconheceu o erro cometido e a libertou, mas não sem que antes tivesse sua vida completamente desestabilizada e desestruturada, emocional e financeiramente⁶⁷.

O Princípio da Proporcionalidade⁶⁸ também é afetado quanto à aplicação de sanções a depender de quem as pratica. Apesar de não envolver um crime patrimonial, tem-se, por exemplo, o fato de um homem negro apreendido com 23g de maconha ter passado 3 anos preso pelo crime de tráfico de drogas até que fosse reconhecido o delito como posse de droga⁶⁹, e

⁶⁵EL PAÍS – Caê Vasconcelos. **Gabriel foi preso por roubo. A única prova foi a cor de sua pele.** *Jovem foi detido em Salvador apenas por se enquadrar na descrição de ladrão “negro, loiro e tatuado”, segundo sua defesa. Mobilização nas redes levou Gabriel a ser solto em 24 horas.* 15 de junho de 2020. 15:49. BRT. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-15/gabriel-foi-preso-por-roubo-a-unica-prova-foi-a-cor-de-sua-pele.html>>.

⁶⁶ Conforme Art. 5º, incisos LIII e LIV da Constituição Federal de 1988: *LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;* (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>).

⁶⁷ ALMA PRETA. JORNALISMO PRETO E LIVRE – Victor Lacerda. **Mulher negra é presa por furto realizado em Minas Gerais sem nunca ter saído de Pernambuco.** *A autônoma Gislayme Elizabete dos Santos, 45, foi surpreendida com um mandado de prisão em sua residência por um furto de celular cometido em 2007 e passou 11 dias presa.* 19 de abril de 2022. 11:58 BRT. Disponível em: <<https://almapreta.com/sessao/cotidiano/mulher-negra-e-presa-por-suposto-crime-em-minas-gerais-sem-nunca-ter-saido-de-pernambuco>>.

⁶⁸ Conforme Luiz Regis Prado: “*O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade abstrata (fase legislativa) e concreta (fase judicial): a primeira deve ser entendida como “proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada – dirige-se ao legislador; a segunda, como a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena ao seu autor – dirige-se ao juiz”.*” (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019. P.112)

⁶⁹ METROPOLES. Tácio Lorrán. **Detido com 23g de maconha, homem negro fica preso 3 anos por tráfico.** 05/05/2022. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/detido-com-23g-de-maconha-homem-negro-fica-preso-3-anos-por-trafico>>.

outro cidadão ter reconhecido o tráfico privilegiado mesmo em posse de 157 kg da mesma droga (HC 726.726)⁷⁰.

Tal descompasso também se percebe quando da aplicação do Princípio da Insignificância⁷¹, por exemplo. Assim, não são poucos os casos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para discussão acerca de tal princípio.

Um desses casos, por exemplo, é o do RHC nº 126.272 - MG, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que envolveu o furto de alimento (dois *steaks* de frango) em valor correspondente a R\$4,00⁷². Apesar do valor ínfimo do objeto do furto, bem como de que este fora restituído à vítima, nas instâncias ordinárias não se aplicou o princípio da insignificância, movendo-se toda a máquina jurisdicional até que o caso fosse trancado em sede de Recurso em *Habeas Corpus*, pelo STJ. Nesse sentido, conforme matéria do CONJUR de 01 de junho de 2021, o Ministro Sebastião Reis Júnior, ao se debruçar sobre o tema, quando desta análise, “citou o crescimento do volume de casos enfrentados pela 3ª Seção do STJ, que julga matéria penal, que de 84,2 mil recebidos em 2017 passou a 124 mil em 2020. Para 2021, a previsão é de até 131 mil processos”⁷³.

Também é o que se observa do HC nº 638.810 - RO, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, em que fora concedida liminarmente a suspensão do cumprimento da pena para o paciente havia sido condenado a 2 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela subtração de uma lâmpada, uma tomada, um desinfetante e um sabonete, no valor total de R\$ 55,10⁷⁴.

Sobre esse tema, um paralelo sobre a não aplicação da insignificância em crimes que claramente demonstram a vulnerabilidade econômico-social de quem os praticam, ao passo em que crimes tributários sequer são punidos quando há o pagamento antes do recebimento da denúncia, pode ser feito de forma a demonstrar a discriminação institucionalizada na sociedade.

⁷⁰CONJUR. **Apesar de grande quantidade de droga, STJ reconhece tráfico privilegiado.** 19/04/2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-abr-29/stj-reconhece-trafico-privilegiado-apesar-quantidade-droga>>.

⁷¹ “De acordo com o princípio da insignificância, formulado por claus roxin e relacionado com o axioma mínima non curat praeter, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância ou quando afete infimamente a um bem jurídico-penal.” (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019. P.120-121)

⁷² STJ. RHC Nº 126.272 – MG. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Eletrônico: 04/05/2020.

⁷³ CONJUR. Danilo Vital. **STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$ 4 em comida e faz apelo jurisprudencial.** 01 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>>.

⁷⁴ STJ. HC nº 638.810 – RO. Relatora Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgamento: 11/01/2021. DJE 13/01/2021.

Nesse sentido, enquanto o Princípio supra encontra óbice em sua aplicação nas instâncias ordinárias, levando ao Superior Tribunal de Justiça questões que sequer são capazes de lesar o bem jurídico tutelado, a própria Lei nº 9.249/95 prevê a extinção da punibilidade no segundo caso:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

(BRASIL. **Lei nº 9.249 de 26 de Dezembro de 1995**)

Não apenas isso, com relação aos crimes tributários ainda, mediante análise econômica, opta-se por sequer punir penalmente (já que mesmo administrativamente não se o faz – pela considerada insignificância do dano e inconveniência de fazê-lo, já que os gastos estatais seriam superiores) os infratores quando o débito tributário não ultrapassar R\$20.000,00, conforme Tema Repetitivo 157:

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 154**. Terceira Seção. Direito Penal.)

Conhecidamente posta em evidência a expressão popular de que há “dois pesos e duas medidas” distintas, não restam dúvidas, portanto, de que vieses e heurísticas discriminantes, sistemática e burocraticamente arraigadas ao fenômeno da criminalização secundária, acabam delimitando a eficiência persecutória penal do Estado. Tem-se assim que:

Verdadeiros genocidas, sonegam fortunas incalculáveis, matando milhares de pessoas com seus rombos nas Bolsas de Valores, com suas licitações fraudulentas etc.

O latrocida, nos dias de hoje, virou bode expiatório, visto que a sua conduta é testemunhada por toda a sociedade, ao contrário dos criminosos de colarinho branco, frequentadores assíduos das colunas sociais, que são bajulados pela população, que se orgulha de, ao seu lado, tirar fotos promocionais.

(GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020. P.54.)

Assim, se, por um lado, a Liberdade de uns é posta em segundo plano em detrimento do patrimônio de outros (o que não é uma defesa a prática delitiva, mas apenas uma consideração acerca da valoração de bens jurídicos), visto que estes fazem parte de grupo que se encontra conjuntamente vulnerável, outros lesam a sociedade de maneira mais letal, embora indireta

(afrontando e inviabilizando políticas públicas que atenderiam a diversos outros bens caros ao homem), e, por possuírem patrimônio, respondem com este – chance que não é dada ao primeiro grupo (representação de um custo social ainda maior, já que normalmente não há a restituição do bem ao ofendido).

Inclusive, enquanto, com base no cálculo dos custos e benefícios com a punição de determinadas condutas, aponta-se ser ‘benéfico’ movimentar o aparato judicial para condenar alguém cujo furto perfez o valor de R\$4,00 (quatro reais), não se o considera desta mesma forma quando se trata de sonegação tributária em valor correspondente a R\$19.999,99 (dezenove mil, novecentos e noventa e nove reais, e noventa e nove centavos), o que demonstra que nesta análise econômica são valorados socialmente os pontos envolvidos, bem como as externalidades a eles afetas (por exemplo, o *quantum* de satisfação social será logrado, já que esta se ampara em vieses discriminatórios, bem como na heurística da disponibilidade, já que veiculam a criminalidade aparente como sendo a causa dos problemas nacionais, enquanto permanecem, muitas vezes, impunes a criminalidade oculta, capaz de maiores mazelas⁷⁵).

3.3) Resposta estrutural

Diante de todas as questões apresentadas e, principalmente, para que exista de fato uma eficiência persecutória penal igualitária, nos limites dos recortes aqui já estabelecidos, resta clara a necessidade de se pensar medidas e mecanismos que venham a minorar as disparidades causadas pela economia discriminante atual.

Como bem assinala Luiz Regis Prado:

A liberdade, a dignidade do homem – qualidades que lhes são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um *objeto*, um *meio*, mas um *fim em si mesmo* e como tal deve ser respeitada.
(PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019. P.81).

⁷⁵ Sobre a criminalidade aparente e a criminalidade oculta, Rogério Greco discorre: “*Existe uma diferença gritante entre a criminalidade aparente, praticada pelas camadas sociais mais baixas, e aquela outra, oculta, cometida pelos intocáveis das camadas superiores. A primeira, como regra, somente existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública. A incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permite o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades. O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social, ao contrário da outra, pior, cuja raiz se encontra na índole, no caráter daquele que comete a infração penal*”. (GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020. P.165.)

Essas são algumas das bases que devem constituir o sistema jurídico nacional, não apenas em sua positivação constitucional⁷⁶, mas, principalmente, na promulgação e aplicação das leis infraconstitucionais que compõem o ordenamento e com estas bases é que deve atuar o Direito Penal.

Assim, o Direito Penal, como um dos meios de controle social (mas não apenas com função restrita a isso, já que se legitima pela proteção de bens jurídicos), deve retornar ao seu papel subsidiário, como *ultima ratio*. Como discorre Busato (2015):

... o Direito Penal não é o melhor meio de controle social e nem mesmo o mais importante. A escola, a religião, o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação, o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais etc. são instrumentos informais de controle social que atuam antes da ocorrência do desvio de conduta e inclusive são mais efetivos e mais importantes que o Direito Penal. (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ªEd. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P.66.)

Nesse sentido, para lidar com uma problemática multifacetada e socialmente estruturada, faz-se necessária uma resposta que seja igualmente multifacetada e estrutural, sendo certo que o esforço cognitivo envolvido na elaboração da mesma visa conferir mais tangibilidade e praticidade para uma análise que muito se detém em teorias.

Pensando inicialmente sobre o próprio Direito Penal em sua configuração maximista moderna, como bem pontua Rogério Greco, em sua obra “Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal”:

O Estado ainda não acordou para o fato de que o Direito Penal somente deve se importar com as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao

⁷⁶ Já em seu preâmbulo, traz a Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” No mais, fundamenta o Estado: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)” e tem por objetivos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade. (GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020. P.159.)

Nesse diapasão, pode-se considerar que, a princípio, o Direito Penal moderno deve ser suplantado por um Direito Penal Mínimo, de atuação realmente subsidiária, dando espaço para que as demais instâncias sociais atuem na esfera de estabelecimento e controle de um bom convívio social.

É com este pensamento que Rogério Greco aponta como a solução mais adequada para um Estado Democrático de Direito um Direito Penal do Equilíbrio, no qual princípios fundamentais como “*a intervenção mínima, lesividade e adequação social, individualização da pena, proporcionalidade, deverão merecer a atenção do legislador no momento da criação da figura típica*” (GRECO, 2020. P. 180) e, “*outros, como os princípios da insignificância e da culpabilidade, terão sua aplicação dirigida mais ao caso concreto trazido ao crivo do Poder Judiciário*” (GRECO, 2020. P. 180), para que, então, deixe de ser tão seletiva a sua aplicação.

Afinal, enquanto o cálculo de custo-benefício do Estado levá-lo para opção de coibir a criminalidade aparente em vez de investir na efetivação do Estado Social que preconiza a Constituição Federal de 1988, a tendência será de um crescimento desta (criminalidade aparente) e não redução da mesma. Isso porque a sociedade moderna, conforme outrora mencionado, é marcada por uma ideologia de mercado que influencia diretamente os padrões individuais, ao mesmo tempo em que leva à necessidade de possuir determinados bens para ser considerado como um integrante da sociedade no geral (para além do que se tem por necessário a manutenção da vida – alimentos, saúde, vestuário, higiene etc), também priva determinados grupos vulneráveis dos meios de obtê-los (o que torna vantajoso, a partir do cálculo de custo-benefício, o cometimento de ilícitos patrimoniais).

De mais a mais, a forma como tais situações são reprimidas, com o encarceramento em massa de determinada parcela populacional, gera a retroalimentação de um formado subsistema dos penalmente puníveis em grau qualitativamente mais prejudicial do que os demais. Afinal, se já excluídos inicialmente de um convívio econômico-social sadio, a segregação e os estigmas que o cárcere proporciona aos egressos não são a forma adequada para que ocorra a sua ressocialização, mas sim um incentivo para que futuros delitos sejam o meio ainda mais viável (se não o único) para obtenção de seus anseios patrimoniais. Até porque,

nas palavras de Greco “*parece-nos que a sociedade não concorda, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado*” (GRECO, 2020. P.174).

Necessária, portanto, para lidar com uma problemática de cunho socio-discriminatório, a redução das desigualdades sociais, que funcionará como um contrapeso para eficiência penal, através do acesso igualitário as oportunidades de estudo e trabalho, permitindo o desenvolvimento dos indivíduos conforme os verdadeiros parâmetros de Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, diante da realidade como posta, conforme preleciona José Adilson Moreira, necessário se faz também o Direito Antidiscriminatório, enquanto “*um campo jurídico composto por uma série de normas que pretendem reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos*” (MOREIRA, 2020. P. 50), através de um sistema protetivo que visa impedir a discriminação negativa e também mediante a discriminação positiva (“*ações voltadas para integração social de minorias*” (MOREIRA. 2020. P.50)). Assim, seriam mitigadas algumas das disparidades que assolam as minorias.

Agora, para uma mudança social positiva e duradoura, construída para além do estabelecimento de políticas sociais efetivas, a resposta inicial advém de uma análise do próprio sistema carcerário (no qual a maioria da população carcerária não possui um grau de instrução elevado) e jaz na educação. Afinal, por mais que possa soar como obviedade, tudo começa com a educação e é a partir dela que a construção de uma sociedade mais justa e menos discriminatória será possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, são exemplos práticos ocasiões nas quais se valorizam aspectos políticos e sociais ou se adotam vieses de eficiência de 'mercado' para julgar determinadas causas e pessoas de forma distinta das demais; ou mesmo quando, em crimes patrimoniais e tributários, a posição social do réu faz com que a sua punibilidade seja valorada a maior, pois o mesmo seria economicamente tratado como uma externalidade negativa em um sistema social 'homogêneo', gerando, portanto, um *déficit* de eficiência para os demais cidadãos.

Destarte, a importância de analisar esse contexto muitas vezes despercebido para a maior parte da população, de que suas ações ou própria personalidade são objetos de valoração econômica para intervenção jurídico-penal, se dá pelo próprio resultado que esse fenômeno ocasiona na sociedade. Alguns princípios passam a ser relativizados, conforme interpretações individualizadas e aparentemente desconexas com o todo, a segurança jurídica sofre máculas enviesadas e o Direito Penal como *ultima ratio* nem sempre recebe esse tratamento e passa a ser utilizado como mecanismo de controle social corriqueiro.

Disso tudo, algumas são as conclusões às quais se podem chegar: (i) a complexidade do sistema social na qual o cotidiano se desenvolve, torna necessária uma resposta jurídica (vinda do subsistema do Direito Penal e da linguagem do lícito e ilícito) cada vez mais sofisticada, o que, entretanto não o deve desqualificar como um mecanismo de *ultima ratio*; (ii) os bens jurídicos que são tutelados pelo Direito Penal, razão deste, enquanto devem ser aqueles mais caros a sociedade e voltados aos Direitos Humanos e viabilização da vida em sociedade, passam a ser valorados conforme anseios mercadológicos e discriminatórios; (iii) a sociedade moderna passa por uma nova construção de riscos, oriundos das inferências que a sociedade de mercado impõe aos indivíduos em seu âmbito privado; (iv) os crimes são praticados com base em uma análise econômica de viabilidade, pautada em custos-benefícios; assim como também é a partir desta mesma linha de raciocínio que o Estado opta ou não por punir e coibir suas práticas; (v) a análise dos custos-benefícios não é meramente matemática e leva em conta externalidades, como a satisfação de um anseio social punitivista contra aos que cometem crimes patrimoniais, haja vista a valoração que se dá ao bem jurídico "patrimônio"; (vi) O Direito Penal passa a operar de forma discriminatória, em especial no que diz respeito à criminalização secundária, onde vieses e heurísticas discriminantes prevalecem na forma como será a Lei aplicada a depender do caso concreto; (vii) a análise econômica por trás do Direito Penal leva à seletividade deste e a relativização de princípios que deveriam lhes ser caros, criando um subsistema composto por aqueles que serão punidos com maior vigor; (viii) diante do fato de a

problemática que leva a valorização discriminatória dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e a sua aplicação disforme ser multifacetado, também deve o ser a resposta ao mesmo, englobando aspectos não apenas penais, mas, principalmente, sociais.

Desta forma, entender a persecução penal a partir de uma análise interdisciplinar e mercadológica, ainda que não em sua totalidade, vez que tal análise aprofundada não é ao que se propõe este trabalho, pode contribuir para a superação de alguns pontos de desigualdade, bem como para a formação de uma consciência social coletiva mais responsável e crítica. Afinal, trazer à tona a reflexão sobre o tema, problematizando-o, é um passo inicial na busca por uma solução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMA PRETA. JORNALISMO PRETO E LIVRE – Victor Lacerda. **Mulher negra é presa por furto realizado em Minas Gerais sem nunca ter saído de Pernambuco.** *A autônoma Gislayme Elizabete dos Santos, 45, foi surpreendida com um mandado de prisão em sua residência por um furto de celular cometido em 2007 e passou 11 dias presa.* 19 de abril de 2022. 11:58 BRT. Disponível em: <<https://almapreta.com/sessao/cotidiano/mulher-negra-e-presa-por-suposto-crime-em-minas-gerais-sem-nunca-ter-saído-de-pernambuco>>. Acesso em 19 de abril de 2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2º Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: An Economic Approach.** *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, No.2 (Mar. - Apr., 1968), 169-217. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/6919447.pdf>>. Acesso em: 08 de Mar. 2021.

BECKER, Gary S. **The Economic Way of looking at life.** (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 12, 1993. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1509&context=law_and_economics>. Acesso em: 08 de Mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de março de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 de Fev de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

BRASIL, **DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional.** *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.* Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 20 de Março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.249 de 26 de Dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>. Acesso em: 19 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá

outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#art44>. Acesso em: 21 de Fev de 2022.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. *Portal de dados Dados.MJ. SINESP*. Disponível em: < <https://dados.mj.gov.br/dataset/sistema-nacional-de-estatisticas-de-seguranca-publica>>. Acesso em 21 de Março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 638.810 – RO**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento: 11/01/2021. DJe 13/01/2021. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=120000350&tipo_documento=documento&num_registro=202100025436&data=20210113&tipo=0&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC Nº 126.272 – MG**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Eletrônico: 04/05/2020. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/07062021%20RHC126272.pdf>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 154**. Terceira Seção. Direito Penal. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=157&cod_tema_final=157>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5ª Ed. São Paulo- Editora Atlas, 2015. P. 42 – 88.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law & Economics. Volume III. October 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 20 de Maio 2021.

CONJUR. **Apesar de grande quantidade de droga, STJ reconhece tráfico privilegiado**. 19/04/2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-abr-29/stj-reconhece-traffic-privilegiado-apesar-quantidade-droga>>. Acesso em: 06 de maio de 2022.

CONJUR. Danilo Vital. **STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$ 4 em comida e faz apelo jurisprudencial**. 01 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>>.

CONTI, Thomas e JUSTUS, Marcelo. **A História do Pensamento Econômico sobre Crime e Punição de Adam Smith a Gary Becker: Parte I**. Maio de 2016. 10.13140/RG.2.1.1424.4723. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/302784968_A_Historia_do_Pensamento_Economico_sobre_Crime_e_Punicao_de_Adam_Smith_a_Gary_Becker_Parte_I>. Acesso em: 02 de Mar. 2022.

EL PAÍS – Caê Vasconcelos. **Gabriel foi preso por roubo. A única prova foi a cor de sua pele. Jovem foi detido em Salvador apenas por se enquadrar na descrição de ladrão “negro, loiro e tatuado”, segundo sua defesa. Mobilização nas redes levou Gabriel a ser solto em 24 horas**. 15 de junho de 2020. 15:49. BRT. Disponível em:

<<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-15/gabriel-foi-presos-por-roubo-a-unica-prova-foi-a-cor-de-sua-pele.html>>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência Doméstica Durante Pandemia de Covid-19**. Edição 03. Nota Técnica. 27 de julho de 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>>. Acesso em: 21 de Fev. 2022.

FOULCAUT, Michel. **A sociedade punitiva**. Curso no Collège de France (1972 – 1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

G1 - Clara Velasco, Alessandro Feitosa Jr. e Felipe Grandin. **11 estados não divulgam dados completos de raça de mortos pela polícia; números disponíveis mostram que mais de 80% das vítimas são negras**. 04/05/2022. 20:20 BRT. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2022/05/04/11-estados-nao-divulgam-dados-completos-de-raca-de-mortos-pela-policia-numeros-disponiveis-mostram-que-mais-de-80percent-das-vitimas-sao-negras.ghtml>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 11ª Ed. Niterói: Impetus, 2020.

IDDP – Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto**. 15/12/2020. Disponível em: <<https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução, apresentação e notas: Pablo Rodrigo Alflen. 2ªEd. Porto Alegre: CDS, 2021.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista do Direito Penal**. Tradução: Rolando Maria da Luz. 3º Ed. Campinas: LZN, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática – Vol. I – Estrutura Social e Semântica**. Editado por Leopoldo Waizbort. Tradução de Patrícia Silva Santos. Petrópolis: Editora Vozes, 2018 (Coleção Sociologia).

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática – Vol. II – Diferenciação funcional e Modernidade**. Editado por Leopoldo Waizbort. Tradução de Érica Gonçalves de Castro e Patrícia S. Santos; revisão de Lenin B. Bárbara. Petrópolis: Editora Vozes, 2019 (Coleção Sociologia).

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Stajm. 2ªEd. São Paulo: Atlas, 2020.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2022. P. 45-52.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Dominique Makins a partir da edição inglesa de W. K. Marriot. São Paulo: Hunter Books, 2011.

METROPOLES. Tácio Lorrán. **Detido com 23g de maconha, homem negro fica preso 3 anos por tráfico**. 05/05/2022. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/detido-com-23g-de-maconha-homem-negro-fica-preso-3-anos-por-trafico>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente. 2020. P. 50-110; 324 – 524.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

POSNER, Richard A. **An Economic Theory of the Criminal Law**. Columbia Law Review, Vol. 85, No. 6 (Oct., 1985), pp. 1193-1231. Disponível em: <http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/Shepherd_Posner%20Economic%20Theory.pdf> . Acesso em: 08 de Mar. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 8º Ed. Rio de Janeiro, RJ; Editora Forense, 2019.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (BRASIL); CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). Portal da Transparência do Governo Federal. **Segurança Pública**. Disponível em: < <https://www.portaldatransparencia.gov.br/funcoes/06-seguranca-publica?ano=2022>>. Acesso em: 16 de Fev. 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ºEd. 3º Triagem. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SBT NEWS. **Homem prova inocência após ficar mais de três anos preso**. *Rapaz negro foi ilegalmente condenado por participar de assalto, mas inocentado estava em outro local*. 01/04/2022. Disponível em: < <https://www.sbtnews.com.br/noticia/primeiro-impacto/203190-homem-prova-inocencia-apos-ficar-mais-de-tres-anos-preso>>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

SMITH, Adam. A Teoria dos sentimentos morais. **Segunda Parte: Do mérito e do demérito ou Dos objetos de recompensa e de castigo**. P. 81 – 130. Tradução de Lya Luft; revisão: Eunice Ostrensky – 2º Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

THE CAPITAL ADVISOR. Glossário: Ótimo de Pareto. **O que é Ótimo de Pareto. Entenda melhor o conceito de Ótimo de Pareto e descubra sua importância!** Disponível em: < <https://comoinvestir.thecap.com.br/otimo-de-pareto>>. Acesso em: 17 de Fev. de 2022

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. 2º Ed. Florianópolis: Emais, 2021.



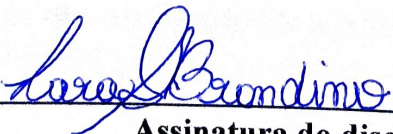
TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, LARA SCHUNCK BRANDINO

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO UMA VERTENTE PARA CONTEMPLAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM ÂMBITO PENAL sob a orientação do(a) Professor(a) Drª. MARIÂNGELA TOMÉ LOPES, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de maio de 2022.


Assinatura do discente