

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SEUS IMPACTOS NA (IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE

The economic analysis of law and its impacts on the (in)application of the principle in dubio pro societate

Allan Thiago Barbosa Arakaki¹

Maria de Fátima Ribeiro²

RESUMO

O corrente artigo tem por objetivo principal verificar a aplicabilidade ou não do princípio do in dubio pro societate, dentro da lógica processual penal, à luz da Análise Econômica do Direito. Os objetivos secundários, por sua vez, consistem em descrever no que consiste a Análise Econômica do Direito e o princípio in dubio pro societate, demarcando os pontos da aplicabilidade deste na ótica processual penal. Registra-se que a pesquisa é de natureza bibliográfica e jurisprudencial, sendo que o método utilizado é o dedutivo, posto ser o mais adequado para se depurar o objetivo principal deste trabalho. Assim, parte-se do estudo da Análise Econômica do Direito a fim de contextualizar o leitor do que se trata aquele. Após, contextualiza-se a aplicação do princípio in dubio pro societate, mais especificamente quando da oferta da peça inicial acusatória e do fim da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri (pronúncia). Ao fim, adentra-se ao ponto fulcral, depurando-se se, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, o princípio do in dubio societate seria aplicável ou não. O referencial teórico utilizado é o sistema referencial da Análise Econômica do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito, princípio in dubio pro societate, Law and Economics.

ABSTRACT

The main objective of this article is to verify the applicability or not of the principle of in dubio pro societate, within the criminal procedural logic, in the light of the Law and Economics. The secondary objectives, in turn, are to describe what the Law and Economics and the in dubio pro societate principle consist of, demarcating the points of applicability of this in the criminal procedural perspective. It is noted that the research undertaken is of a bibliographic and jurisprudential nature, and the method used is the deductive one, since it is the most appropriate to debug the main objective of this work. Thus, it starts from the study of Law and Economics in order to contextualize the reader of what it is about. Afterwards, the application of the in dubio pro societate principle is contextualized, more specifically when the initial accusatory piece is offered and the end of the first phase of the Jury Court procedure (pronouncement). In the end, it goes to the main point, debugging whether, from the perspective of Law and Economics, the principle of in dubio societate would be applicable or not. The theoretical framework used is the framework of the Law and Economics.

KEYWORDS: *The study of Law and Economics, in dubio pro societate principle, Law and Economics.*

1 Doutorando e Mestre pela UNIMAR, Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/Espanha, Especialista em Direito Público pela Uniderp/Anhanguera, em Ciências Criminais e em Segurança Pública pelo CERS. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, e-mail:allanarakaki@hotmail.com

2 Pós-Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa, Doutora pela PUC-SP, Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-RJ. Professora do PPGD da UNIMAR e Advogada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Análise Econômica do Direito enquanto referencial teórico. 3. O princípio *in dubio pro societate* dentro do processo penal. 4. A (in)aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* à luz da Análise Econômica do Direito. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The study of Law and Economics as a theoretical reference. 3. The *in dubio pro societate* principle within the Law process. 4. The (in)applicability of the *in dubio pro societate* principle under the light of Law and Economics. 5. Final considerations. 6. References.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo principal verificar a aplicabilidade ou não do princípio do *in dubio pro societate*, dentro da lógica processual penal, à luz da Análise Econômica do Direito. Os objetivos secundários, por sua vez, consistem em descrever no que consiste a Análise Econômica do Direito e o princípio *in dubio pro societate*, demarcando os pontos da aplicabilidade deste na ótica processual penal.

Ademais, a pesquisa se mostra relevante e atual. A relevância deflui da circunstância de imprimir um viés consequencialista e utilitário, pontos primordiais no *Law and Economics*, a respeito da aplicabilidade ou não do princípio do *in dubio pro societate*. A atualidade decorre da frequência e a banalização com que o princípio em tela é tratado, sem se questionar as consequências de seu uso. Some-se que, embora existam vários materiais a respeito da Análise Econômica do Direito, muito pouco há quanto ao uso dentro do processo penal.

Registre-se, por oportuno, que a pesquisa entabulada é de natureza bibliográfica e lastreada na jurisprudência do STF e do STJ. Nessa perspectiva, o método utilizado é o dedutivo, posto ser o mais adequado para se depurar o objetivo principal deste trabalho. Com efeito, considerando o objetivo principal discriminado acima, resta evidente a conveniência da utilização do método dedutivo, o qual propicia a partida de uma premissa geral para a formulação de uma premissa específica.

Premido dessa ideia, parte-se inicialmente do estudo da Análise Econômica do Direito a fim de contextualizar o leitor. Após, delimita-se a aplicação do princípio *in dubio pro societate*, mais especificamente quando da oferta da peça inicial acusatória e do fim da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri (pronúncia). Ao fim, adentra-se ao ponto fulcral, depurando-se se, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, o princípio do *in dubio societate* seria aplicável ou não. O referencial teórico utilizado, por sua vez, é o sistema referencial da Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO REFERENCIAL TEÓRICO

A Análise Econômica do Direito é um sistema referencial que possui claramente

um viés utilitarista e consequencialista. (POSNER, 2010, p. 100). Significa dizer que se propõe que o Direito não seja visualizado como um sistema hermético, abstrato, o qual se situaria em outro vértice totalmente distante da Economia. Ao contrário disso, pressupõe que o Direito seja visualizado sob a ótica da eficiência econômica, permitindo fluir uma perspectiva que se preocupa com as consequências econômicas. (POSNER, 2007, p. 57).

Um dos nomes de relevo do *Law and Economics* foi Richard Posner, cuja contribuição em seus textos remontam a década de 1960, pugnando pela imprescindibilidade de focar o Direito em conjunto com a Economia. (ARAKAKI, ROSSIGNOLLI, 2021, p. 178). Allan Arakaki e Marisa Rossignolli (2021, p. 178) sintetizam: “A Análise Econômica do Direito, portanto, agrega uma visão mais rica e plural de determinado fato e ato, perpassando pelos vieses do Direito e da Economia.”

Mister não olvidar que não se trata de um enfoque limitante a determinado ponto do Direito ou a categoria jurídica, mas sim um filtro que perpassa por todo o campo jurídico, como direito de família, processo civil, processo penal, Direito Constitucional, sendo ainda aplicável a infindáveis institutos jurídicos, como contratos civis, a regulação, propriedade, entre outros. Assim, não há qualquer limite a aplicabilidade das definições compartilhadas pelo *Law and Economics* ao Direito como um todo. (POSNER, 2007, p. 55).

Uma das premissas desse sistema de referência se refere à teoria da escolha racional, segundo a qual “os indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como fizeram os economistas, maximizarem a sua utilidade.” (CARVALHO; MATTOS, 2008, p. 6).

A teoria da escolha racional é de fundamental na lógica do *Law and Economics*, posto que as pessoas tendem a ter escolhas racionais, o que permite certa previsibilidade acerca de problemas relacionados à eficiência do direito, bem como ao custo dos instrumentos jurídicos e suas implicações, sobretudo diante do caráter utilitarista da Análise Econômica do Direito (ALVAREZ, 2006, p. 53).

É dentro do complexo universo da Análise Econômica do Direito que encontram definições da eficiência econômica. O ideal buscado é certamente o ótimo de Pareto ou a eficiência econômica de Pareto, entretanto, há, em igual sentir, o critério da eficiência econômica de Kaldor-Hicks, cuja definição não pode ser ignorada.

Enquanto a eficiência de Pareto se refere a situações em que há vantagem a todos os agentes, ou seja, todos se beneficiam, na de Kaldor-Hicks, Rachel Sztajn (2005, p. 76) adverte: “as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas”. Assim, o ideal é a busca pelo ótimo de Pareto, um cenário dentro do qual não há prejuízo a outrem, muito embora seja uma hercúlea busca, pois o mais comum é de que a melhora da situação de um importe prejuízo a outrem (Kaldor-Hicks).

A respeito da eficiência de Pareto, Antônio Porto e Nuno Garoupa (2022, p. 64) sintetizam: “A metodologia de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida pode ser considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outra pessoa”. Latente, por conseguinte, que o cenário ideal a se perseguir é pelo ótimo de Pareto, situação este em que a melhora de um não implica prejuízo a outrem.

Ademais, partindo da própria lógica da Análise Econômica do Direito e da escolha racional, emerge ainda a Teoria dos Jogos. Esta, como aponta Fillipe Rodrigues (2021, p. 88), “serve como uma ferramenta preditiva das decisões dos indivíduos quando em interação, útil, portanto, para modelar incentivos bastantes a produzir decisões desejadas ou para antever as indesejadas”. Em outras palavras, a Teoria dos Jogos pressupõe a existência de uma troca de ações impulsionadas pela vantagem ou desvantagem que cada player ou jogador pode auferir.

Oportuno destacar que a dinâmica da Teoria dos Jogos possui três nuances definidas, quais sejam, a de puro conflito, de coordenação ou mista. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 45). Na hipótese de puro conflito, inexistente, de fato, o interesse do Direito em tais situações, uma vez que o cenário conflitivo puro, sem qualquer perspectiva de composição ou coordenação dos interesses em jogo, não possibilitaria a aplicabilidade da teoria em tela. Quanto às situações de coordenação ou mista, a perspectiva é diferente, uma vez que há espaço para a aplicação do Direito.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2020, p. 45) aduzem que a teoria dos jogos, na perspectiva de simples coordenação, pressupõe que os indivíduos, para evitarem um conflito, estão propensos a adotarem comportamentos que harmonizem os interesses em jogo. Já, na dimensão mista, a cooperação é vantajosa aos players envolvidos, mas é mais benéfico a um deles agir cautelosamente, dissimulando seu real propósito, desde que não torne isso evidente aos demais jogadores, sob pena de acabar com o cenário cooperativo existente (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 45).

Ainda, dentro da própria perspectiva da Teoria dos Jogos, extremamente oportuna para o assunto a ser tratado aqui, é necessário não olvidar que os indivíduos, em razão de sua tendência à escolha racional, tendem a realizar uma ponderação das opções existentes, selecionando a que lhe forneça o aumento do seu bem-estar (ROCHA; RIBEIRO, 2016, p. 167).

Diante dessa dinâmica, percebe-se a importância de buscar o ótimo de Pareto, por intermédio de um equilíbrio, dentro do qual “pressupõe que tenham sido eliminados todos os desperdícios, ou seja, que todas as oportunidades de trocas benéficas tenham se esgotado” (ROCHA; RIBEIRO, 2016, p. 167-168). Destarte, a eliminação de desperdício e a busca da eficiência de resultados, em um cenário de escassez de recursos, é ponto

imprescindível no sistema referencial em tela.

É sob esse viés que se torna conveniente a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito, a qual pode contribuir não somente em relação às decisões judiciais, mas, em igual sentir, quanto ao funcionamento do próprio Poder Judiciário, como ente gestor de recursos limitados (ROCHA; RIBEIRO, 2016 p. 169), e em relação às demais instituições essenciais ao próprio Sistema de Justiça, como o Ministério Público (art. 127 da CF/88), a Defensoria Pública (art. 134 da CF/88) e a advocacia privada (art. 133 da CF/88).

Abordados os principais pontos gerais a respeito do referencial teórico utilizado e seu vernáculo próprio, mostra-se imprescindível delimitar sobre qual perímetro será aplicado o sistema referencial descrito, motivo pelo qual se passa a analisar, no próximo capítulo, como ordinariamente ocorre a aplicação do princípio *in dubio pro societate* dentro da dinâmica processual penal.

3. O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* DENTRO DO PROCESSO PENAL

O princípio *in dubio pro societate*, embora não tenha previsão em nenhum texto legal, seja na Constituição Federal de 1988, seja na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de forma ordinária e assimilado pela doutrina processualista penal. Remete-se a sua assimilação pelo sistema jurídico, como uma construção artificial, a partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do RHC 32769/SP, de relatoria do Min. Nelson Hungria³.

Cuidava-se de um caso de decretação da prisão preventiva, em que a Corte Suprema chegou à conclusão de que, antes da sentença final, prevaleceria o princípio *in dubio pro societate*. Significaria dizer que não haveria necessidade de certeza para a prática do ato processual ou da prisão decretada, sendo que, no caso de dúvida, esta militaria em desfavor do indivíduo sobre o qual recairia o *jus puniendi estatal*, exceto quando da prolação da sentença.

A partir dessa premissa dois pontos foram definidos pela jurisprudência como marcos para a aplicabilidade do princípio do *in dubio pro societate*, apesar de não existir nenhum amparo legal ou constitucional para tanto. O primeiro, quando da oferta da ação penal pelo órgão ministerial, quando então se sedimentou o entendimento de que, havendo dúvida, deveria o Ministério Público ofertar a ação penal, com o seu regular recebimento e trâmite, uma vez que o princípio *in dubio pro reo* incidiria apenas quando da sentença⁴.

3 Recurso de Habeas-Corpus, seu desprovemento. Na decretação da prisão preventiva, não está o juiz adstrito, no tocante a imputada autoria do crime, a um convencimento idêntico ao que é necessário para a condenação. Antes da sentença final, não prevalece o *In Dubio pro Reo*, mas o *In Dubio pro Societate*. (STF, 1953).

4 A respeito do assunto, colham-se no mesmo sentido os seguintes precedentes da lavra do STJ: AgRg no RHC 155733/

O segundo ponto que fora, em igual sentir, construído jurisprudencialmente para a atuação do princípio *in dubio pro societate*, concerne ao fim da primeira fase do Tribunal do Júri. Com efeito, como é cediço, ao fim da fase do juízo de admissibilidade da denúncia no rito especial do Tribunal do Júri, o magistrado pode pronunciar (art. 413 do CPP), impronunciar (art. 414 do CPP), desclassificar (art. 74, §3º, do CPP) ou absolver sumariamente (art. 415 do CPP). Normalizou-se, enfim, no sistema jurídico a aplicação do princípio *in dubio pro societate* ao fim da primeira fase do Tribunal do Júri.

Em outras palavras, dentro do rito do Tribunal do Júri, banalizou-se a aplicação do princípio *in dubio pro societate*, tornando como regra, frise-se, costumeira, mas sem amparo normativo, a sua aplicação. Diante disso, ante da presença do princípio em tela, ao fim da instrução processual da primeira fase do Tribunal do Júri, havendo dúvidas sobre a materialidade, autoria ou até mesmo dinâmica dos fatos, seria o caso da pronúncia.

O fundamento novamente se construiria a partir da aplicação do princípio *in dubio pro societate*, posto que, existindo dúvida, deveria haver a pronúncia do acusado, submetendo-o ao julgamento pelo Tribunal Popular, o qual seria o juiz competente para a análise do mérito do crime doloso contra a vida tentado ou consumado, conforme o art. 5º, XXXVIII, da CF/88⁵.

Sucedendo, contudo, que, da mesma forma que houve a assimilação do princípio *in dubio pro societate* dentro da Suprema Corte, sob o pálio da então Carta Constitucional de 1946, a qual não previa nenhum princípio a respeito da presunção de inocência ou da não culpabilidade, há recentes precedentes da Corte rechaçando a aplicabilidade do referido princípio em posição diametralmente oposta.

Nesse sentido, encontra-se o julgado, do próprio STF, no HC 180144, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 10/10/20, quando o Colegiado decidiu pela impossibilidade de se fundamentar no princípio do *in dubio pro societate* para justificar a pronúncia, sendo aquele incompatível com o processo penal democrático, cuja regra seria o *in dubio pro reo*. Em que pese tal entendimento encontrar eco no art. 5º, LVII, da CF/88, redação esta ausente na Constituição de 1946, na Constituição de 1967 e na EC nº 01/69,

RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJ: 22/02/22; AgRg no RHC 155770/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJ: 22/02/22; RHC158014/RJ, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma, DJ: 08/02/22. AgRg no HC 708744/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJ: 14/12/21.

5 A respeito do assunto, cite-se, por oportuno, o precedente constante do ARE 1250182 AgR, julgado na Corte Suprema: Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo. Penal e Processual penal. Crime de homicídio qualificado. Artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal. Alegada violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Princípio do devido processo legal. Ofensa reflexa ao texto constitucional. Alegada violação ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Princípio da presunção de inocência. Decisão de pronúncia. Prevalência do princípio do *in dubio pro societate*. Acórdão em conformidade com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo interno desprovido. (STF, 2020). Na mesma linha, apenas a título exemplificativo podem ser mencionados os julgados ARE 788288 AgR/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ: 11/02/2014; RHC 192846 AgR/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 24/05/21, Segunda Turma; ARE 986566 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ: 21/08/2017.

o fato é que a jurisprudência tem resistido a mudança de paradigmas.

No âmbito da própria Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça, prevalece ainda o entendimento da aplicabilidade do princípio *in dubio pro societate*, seja para o recebimento da denúncia e seu regular trâmite, seja para a pronúncia do acusado, submetendo a julgamento ao Tribunal do Júri, mesmo sem qualquer amparo normativo para tanto.

O argumento de que a dúvida favoreceria a sociedade é claramente tautológico, porquanto não existe qualquer interesse da sociedade em ver alguém processado fora do que prevê o próprio rito constitucional e legal, qual seja, do quadrante do *in dubio pro reo*, muito menos na submissão de alguém ao Tribunal do Júri em situações que pendam dúvidas a respeito do caso.

Some-se a isso, que o argumento de que a pronúncia no Tribunal do Júri, sob a lógica do *in dubio pro societate*, serviria para submeter o acusado ao Juiz Natural da causa, os jurados, não procede juridicamente. Se o juiz natural, na primeira fase do Tribunal do Júri, é o próprio juiz togado, não os jurados, não pode servir de fundamento a lógica de que o juiz da causa são os jurados, quando, na realidade, sob o viés do *in dubio pro reo*, houver dúvidas para se pronunciar o acusado.

Se o juiz togado pode pronunciar, havendo dúvidas, pela lógica do sistema acusatório e do *in dubio pro reo*, poderia, ou melhor, deveria, impronunciar ou até mesmo absolver. Assim, de todo falacioso o argumento de que o juiz natural no caso de crime doloso contra a vida são os jurados, uma vez que, na primeira fase, ou seja, de admissibilidade, é ao juiz togado a quem cabe pronunciar apenas se houver elementos para tanto, cujo ônus é do Estado-acusador.

Enfim, delimitado o objeto em questão, qual seja, a aplicação do *in dubio pro societate* pela jurisprudência brasileira, mesmo sem texto normativo que subsidie tal prática, mister se faz adentrar ao cerne do corrente trabalho, qual seja, analisar a utilização daquele princípio dentro da dinâmica do sistema referencial do *Law and Economics*, o que passa a ser feito logo adiante.

4. A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Sob o filtro da Análise Econômica do Direito, depreende-se a existência de dois problemas centrais no uso do princípio *in dubio pro societate*, o que vai além da questão meramente deontológica. A começar, há claramente a chancela de um aumento de custos e ineficiência econômica das próprias instituições do Sistema de Justiça, divorciando-se totalmente do ótimo de Pareto. Com efeito, um princípio que subverte a lógica da análise

das provas na ótica do processo penal para que serve? Serviria realmente à sociedade?

Pois bem, é nítido que o aumento de custos das instituições do Sistema de Justiça decorre da circunstância de utilizar a dúvida como ponto que permita ser interpretado em desfavor do investigado ou denunciado, iniciando a fase processual ou prosseguindo esta para, ao final, inverter a lógica inicialmente adotada e perfilhar ao *in dubio pro reo*. Tal raciocínio apenas permite o início de ações penais literalmente natimortas, bem como a submissão ao Tribunal do Júri denunciados que, a bem da verdade, deveriam ser impronunciados e até absolvidos, em uma visão técnica, dissociada das paixões e da retórica existentes no Tribunal Popular.

De fato, mostra-se ineficiente economicamente o recebimento de ação penal, ao argumento do princípio *in dubio pro societate*, legitimando a inexistência na realidade de justa causa, o que seria causa da rejeição da inicial acusatória (art. 395, III, CPP). No mesmo sentido, é totalmente ineficiente submeter ao Tribunal Popular investigado existindo dúvida a respeito da existência de elementos relacionados ao crime que lhe é imputado. Ao fim desses atos, quais sejam, da ação penal ordinária e da realização do ato do Tribunal do Júri, os elementos ali existentes serão os que já existiam desde logo, ou seja, a dúvida persistirá, o que deve, por conseguinte, levar à absolvição.

Admitir entendimento diverso e perfilhado no sentido de que seria possível, durante a instrução probatória da ação penal mambembe ou do plenário do Júri, amearhar provas implicaria ignorar totalmente o sistema de preclusão a que estão sujeitos os atos processuais das partes. Ora, se a preclusão temporal incide ao Estado-acusador quando da oferta da ação penal, qual a lógica pensar que apareceria uma testemunha do nada para depurar a verdade? Ademais, tendo em vista que o papel do magistrado, dentro do sistema acusatório, não é de protagonista, qual a lógica de se trabalhar com a hipótese remota de uma testemunha ou prova que não existia desde antes?

Logicamente que o sistema de preclusão demonstra, com clarividência, a total ineficiência econômica, uma vez que permite o ajuizamento, recebimento de ações penais em casos de dúvidas que deveriam militar em favor do investigado para, ao final, mudar a ótica adotada. Implica dizer que é movimentada a onerosa máquina do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e do Ministério Público, com a designação de audiências, para, ao final, depois de ultrapassado um lapso temporal considerável e implicar custos totalmente dispensáveis, replicar, ao fim da instrução processual, o mesmo *standard* de prova existente anteriormente.

Além da reprodução do mesmo cenário anteriormente existente, persistem os custos às instituições do Sistema de Justiça, o qual, além da movimentação da máquina onerosa, tem que lidar com os inúmeros processos existentes. É fato que atualmente não persiste qualquer dúvida acerca dos inúmeros processos que chegam ao Poder Judiciário,

inclusive, as ações penais, tornando o gerenciamento administrativo das varas e dos órgãos institucionais um desafio que supera a mera técnica jurídica. Em outras palavras, o excesso de ações judiciais, entre elas as penais, demonstra a necessidade de uma busca pelo ótimo de Pareto.

Obviamente que essa pretensão é frustrada a partir do momento que se permite o recebimento de ações penais e a submissão de investigado ao Tribunal do Júri, sem o nível de certeza que se exige a Carta Republicana de 1988. Tais situações importam em custos desnecessários que são suportados pelas instituições com naturalidade e, além disso, permitem o acúmulo de processos criminais, situação esta que deve ser urgentemente repensada.

Insta não olvidar que o resultado do acúmulo de processos criminais não é bom para os integrantes do Sistema de Justiça e nem para a sociedade, posto que subtrai a possibilidade de os atores processuais focarem em questões realmente mais relevantes e que necessitam de uma análise mais detida para perderem tempo em ações penais ou sessões do Tribunal do Júri que claramente não terão futuro à luz do processo legal acusatório. A dúvida para a sociedade não é contraposta, enfim, à dúvida em favor do réu, mas sim ambas se direcionam no mesmo sentido.

Aliás, a propósito, o próprio STJ, quando do julgamento do REsp 1737412/SE, Rel Min^a Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ: 05/02/19, já reconheceu a existência teoria do desvio produtivo, segundo a qual haveria dano moral coletivo nos casos de desperdício de tempo útil da coletividade pelo descumprimento contumaz das normas municipais e estaduais que regulam a atividade bancária.

O raciocínio do julgado supramencionado traz à baila aspectos claros do *Law and Economics*, pois coloca, no centro da discussão, o prejuízo produtivo da coletividade em prol do benefício dos bancos, mediante a diminuição dos custos de transação destes e a maximização de seus lucros, o que implicaria a adoção da eficiência de Kaldor-Hicks.

A mesma *ratio* da teoria do desvio produtivo pode ser aplicada aos casos do *in dubio pro societate*, vez que a adoção deste, além de ser questionável dentro da concepção deontológica, absorve o tempo das instituições do Sistema de Justiça com processos penais, cuja ótica, ao final, é totalmente revertida corretamente ao princípio *in dubio pro reo* ou ao menos deveria ser assim, sobretudo, nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Ademais, dentro da dinâmica da Análise Econômica do Direito, é plenamente aplicável a Teoria dos Jogos nos casos em tela. De fato, a adoção da lógica do *in dubio pro societate* permite que o inquérito policial seja visualizado como procedimento totalmente inservível à defesa e perfilhado apenas ao órgão acusador, divorciando do que prevê, por exemplo, o art. 67, §2º, do Estatuto de Roma.

Isso se reflete, por sua vez, em um papel pouco colaborativo do investigado, uma

vez que, partindo da premissa de que a dúvida seria interpretada em seu desfavor para o recebimento da denúncia, por qual motivo ele colaboraria na fase inquisitorial? Para o fim de fornecer a seu algoz elementos que sejam utilizados contra si e adiantar as teses defensivas? Em igual sentir, no caso da pronúncia, por qual motivo o denunciado colaboraria com a depuração processual, na primeira fase do rito do Júri, se a dúvida submetê-lo-ia ao julgamento no plenário? Enfim, resta lógico, mediante a adoção do critério da escolha racional, que o alinhamento à aplicação do princípio *in dubio pro societate* não incentiva qualquer papel colaborativo dos *players* envolvidos, sobretudo, do investigado ou acusado.

Fillipe Rodrigues (2021, p. 89) assevera que a harmonização de estratégias é desejável na Teoria dos Jogos, buscando o equilíbrio de Nash, dentro do qual “cada jogador escolhe a estratégia que lhe renda o maior *payoff* possível, considerando as estratégias dos demais jogadores”. Pois bem, na linha do raciocínio da Teoria dos Jogos e da busca do equilíbrio de Nash na composição dos interesses envolvidos, mostra-se totalmente inaplicável o princípio do *in dubio pro societate*.

Com efeito, inexistente qualquer incentivo coordenativo no papel colaborativo dos *players* envolvidos; ao contrário disso, fomenta um isolamento de interesses. Migra-se de um jogo que deveria se processar na forma de coordenação para torná-lo misto ou de puro conflito (MACKAAY, ROUSSEAU, 2020, p. 45), genericamente em nome da defesa de uma sociedade cujo interesse, a bem da realidade do *Law and Economics*, é lesada. O discurso argumentativo da defesa dos interesses de uma sociedade, abstrata e artificialmente criada, macula as pretensões legítimas de uma sociedade concreta e que deveria ter o direito a uma ótica processual penal mais adequada, resguardando a economicidade e a eficiência.

Situação diversa, aplicando a lógica processual que deveria ser a regra, por sua vez, qual seja, o *in dubio pro reo*, além da questão da coerência deontológica e sistêmica, guardaria plena coerência com a Análise Econômica do Direito, contribuindo para “a identificação de regras injustas, na medida em que toda regra de desperdício, ou seja, que é ineficiente, pode ser considerada injusta” (ROCHA; RIBEIRO, 2016, p. 169)

Implicaria, nesse sentido, a incidência da Análise Econômica do Direito o afastamento do princípio *in dubio pro societate*, tecendo uma realidade processual mais adequada, por meio da otimização dos resultados processuais, do trabalho dos *players* envolvidos, possibilitando que casos realmente duvidosos fossem ceifados sem se alongar desnecessariamente nos escaninhos judiciais. Enfim, permitiria aos *players* envolvidos mais tempo para dedicar a processos e assuntos realmente mais complexos e que muitas vezes aguardam julgamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O corrente artigo demonstrou que o princípio *in dubio pro societate*, sem prejuízo de críticas dentro do campo deôntico, não guarda qualquer guarida diante do sistema referencial do *Law and Economics*. Com efeito, este permite uma análise do Direito em comunhão com a Economia, posto que verifica que aquele não é uma realidade isolada dentro de um universo, mas sim que o seu uso implica consequências econômicas. A comunhão entre Direito e Economia propiciou a elaboração de um filtro que, divorciado do caráter abstrato e hermético, assumiu nuances voltadas ao consequencialismo e utilitarismo.

Sob a Análise Econômica do Direito, é inaplicável o princípio do *in dubio pro societate*, uma vez que gera custos para a movimentação da máquina do Sistema de Justiça para, ao fim, aplicar-se a lógica do *in dubio pro reo*, sendo que, pela lógica do rito de preclusão e pelo papel do juiz dentro do sistema acusatório, seria inviável o surgimento do nada de uma prova. Assim, entre os benefícios e malefícios causados, mostra-se tautológica a aplicação do princípio *in dubio pro societate*.

Nesse aspecto, o discurso retórico assimilado pelo princípio em tela serve para endossar o prolongamento de processos penais natimortos, submeter acusados desnecessariamente ao Tribunal Popular, podendo, inclusive, aqueles serem condenados, quando, em julgamento pelo magistrado togado, pudessem ser absolvidos. É de questionar a economicidade, eficiência do que jurisprudencialmente foi criado e está sendo aplicado sem se atentar que o eixo central do sistema jurídico, qual seja, a Constituição mudou há muito tempo.

Não há como comungar que o *in dubio pro societate*, além do desvio produtivo implicado, custos sem resultado prático nenhum, desfavorece a composição dos interesses conflitantes dos *players*, inexistindo qualquer benefício de visualização do inquérito policial ou do julgamento do magistrado, dentro da primeira fase do Tribunal Popular, como instrumentos de coordenação de interesses.

Ao contrário disso, adotando a linha coerente à lógica processual, qual seja, a do *in dubio pro reo*, preservaria a coerência sistêmica e implicaria mais benefícios, atingindo o ótimo de Pareto. Eliminar-se-iam, nesse contexto, processos penais que ao fim implicariam absolvição; evitar-se-iam sessões de Plenário de Júri desnecessárias e que causam custos; coibiria o risco de haver condenações que inexisteriam na ótica de um juiz togado no Tribunal do Júri; permitiria aos atores processuais maior dedicação a processos penais realmente complexos. Enfim, é mais do que cristalino que urge a mudança da ótica processual penal para se afastar o princípio *in dubio pro societate*.

6. REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9. n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf/. Acesso em: 16 out. 2021

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 171-190, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8411/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo 1250182**. [...] Crime de homicídio qualificado. Artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal. Alegada violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Princípio do devido processo legal. Ofensa reflexa ao texto constitucional. Alegada violação ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Princípio da presunção de inocência. Decisão de pronúncia. Prevalência do princípio do in dubio pro societate. Acórdão em conformidade com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Agravo interno desprovido. Ministro Relator: Luiz Fux, julgado em 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435909/false/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 32769/SP**. Recurso de Habeas-Corpus, seu desprovido. Na decretação da prisão preventiva, não está o juiz adstrito, no tocante a imputada autoria do crime, a um convencimento idêntico ao que é necessário para a condenação. Antes da sentença final, não prevalece o In Dubio pro Reo, mas o In Dubio pro Societate. Ministro Relator: Nelson Hungria, julgado em 30 de setembro de 1953. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur121223/false/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CARVALHO, C; MATTOS, E. **Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8/>. Acesso em: 16 out. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. Atlas: São Paulo, 2020.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Atlas: São Paulo, 2022.

POSNER. Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e justiça. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (org.). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Editora CRV: Curitiba, 2016, p. 165-170

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2021.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. *In*: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-84

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 25.05.2022
Aceito em: 30/06/2022

