

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia

artelogy

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia

Prefácio por
Paulo César Busato

artelogy

Título: *ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL*
O crime, a sanção penal e o criminoso sob a ótica da Economia

Autor: Samuel Ebel Braga Ramos

Conceção: Ex-Ricardo dePinho Teixeira

Design: Jennifer Lowrien

Editora Brasil: Débora Corn

1ª Edição: Fevereiro de 2021

ISBN: 978-989-563-303-6

Depósito Legal: 476604/20

www.artelogy.com

*Para
Sebastião Braga Ramos e Maria Salete Ebel,
in memoriam.*

PREFÁCIO

Sempre pensei que o convite para fazer a apresentação de um livro é uma espécie de homenagem que o autor faz ao seu convidado. Bem recordo de meus primeiros livros e do que significaram os convites para tais apresentações.

Portanto, antes de tudo quero dizer que sinto-me lisonjeado pelo convite e as razões são múltiplas, entre as quais, cabe destacar duas.

A primeira é a certeza que tenho de que o leitor tem nas mãos um texto que será chave para a compreensão do Direito Penal do futuro, pois o capitalismo se impôs globalmente como forma de vida e isso impôs a todos – queiramos ou não – que uma correta leitura do mundo inclua a passagem pela chave econômica. O Direito como um todo – e o Direito Penal, em especial, não será infenso a esse código.

A segunda é que, assim como o livro, o autor igualmente figura entre os destaques de uma geração de jovens penalistas paranaenses absolutamente brilhantes. E não se trata de um elogio vago, lugar comum em apresentações de livros. Eu posso atestar em primeira mão, por presenciar o cotidiano da vida acadêmica de Samuel Ebel Braga Ramos que brilha nele a mesma centelha que já nos deu inúmeros penalistas de escol, como Alcides Munhoz Neto, Juarez Tavares ou René Dotti, apenas para ficar dentro do que poderia ser denominado de “primeira geração” de grandes penalistas paranaenses. Esta centelha se traduz em curiosidade por saber mais, honestidade de conteúdo, originalidade de ideias e principalmente, um estoicismo sobre-humano, uma capacidade gigantesca de esforçar-se diante dos objetivos. Este conjunto afiança o autor como aposta segura de um êxito fulgurante.

Acompanhei a trajetória do professor Samuel Ebel desde o nascedouro, seja discutindo o tema de sua dissertação (agora convertida em livro); seja incluindo-o em iniciativas acadêmicas de grupos de pesquisas; seja conversando sobre o que significa a ocupação de um lugar de fala na academia (para usar a expressão consagrada por Jacinto Coutinho). Tenho verdadeiro orgulho de ter contribuído com incentivo para o desenvolvimento desta já expressiva carreira.

Penso que o livro que ora se apresenta tem todas as características de um best seller jurídico: clareza de exposição, visão panorâmica de um assunto, capaz de permitir um amplo espectro de interesses e informação precisa de fontes primárias, o que garante a qualidade das afirmações.

O texto busca discutir as possibilidades para uma sanção penal ótima através da aproximação entre o Direito Penal e da Economia, sob o método da Análise Econômica do Direito, tal como alerta o autor, já na introdução.

O uso da expressão sanção penal ótima já é revelador do uso de uma linguagem própria do ambiente da análise econômica do direito, como se pode perceber. Mas, para além disso, ela é uma carta de apresentação de várias ideias com as quais me vejo particularmente identificado.

Quando se afirma buscar uma sanção penal ótima, já se está afirmando, à entrada, que o autor tem os pés no chão. Longe de partir para os fáceis discursos populistas ideologizados do abolicionismo, mas igualmente equidistante da voz autoritária que vem crescendo tanto no mundo de hoje, o autor busca a via do equilíbrio, ao admitir que alguma sanção penal deve existir para o equilíbrio da sociedade e, ao mesmo tempo, que ela reclama uma otimização.

Ou seja, está clara a insatisfação do autor com o sistema de penas de hoje que, por um lado, seguem perdidas no arcaísmo da privação de liberdade, cuja falência foi decretada já no Século passado, pela sentença da brilhante tese doutoral de Cezar Roberto Bitencourt e, por outro, caem na simplificação da pecúnia, que remete igualmente ao passado bárbaro do direito das tribos germânicas.

Samuel Ebel busca entrever, no sistema jurídico brasileiro, uma leitura das sanções que possa corresponder a um modelo de realização do controle social do intolerável que não seja, ele próprio, igualmente intolerável. Vale dizer: o autor assume o postulado de preservação de um modelo de Estado social e democrático de direito e, dentro dele, ao reconhecer a influência da análise econômica do direito e da *Criminal law and Economics* – particularmente difundidos pela “Escola de Chicago” – na dinâmica do mundo, buscar por eficiência e racionalidade próprias.

O texto toma como marco teórico o artigo de Gary Becker, de 1968, no qual se reconhece a existência de racionalidade dos indivíduos na tomada de decisões. Conjuga-se este ponto de partida com os postulados da análise de custo-benefício e a eficiência de Pareto para buscar a compreensão da fonte criminológica do delito e, desta forma, permitir a orientação das sanções justamente em direção a esta origem criminológica.

É nesse ponto que a reação racional dos indivíduos novamente cobra relevância para aportar a significação do “efeito de controle” de condutas tidas por intoleráveis finalmente se produza.

Nesse sentido, o autor posiciona-se muito claramente, desde o início do texto, como contrário à desmedida utilização das penas privativas de liberdade, desenvolvendo extenso e preciso argumento acerca de que o aumento dos indivíduos submetidos ao cárcere é o fator mais destrutivo da eficiência e racionalidade – e, porque não dizer, da própria legitimidade – do sistema punitivo.

Tem razão. Penso que já tarda demasiado o fim da pena privativa de liberdade. Os mecanismos de vigilância aportados pela tecnologia de nossos dias permitem o exercício de certo controle de atitudes muito mais eficaz do que a segregação, com muito menos custos humanos para o apenado.

Nota-se que, muito embora o foco do texto seja voltado para a análise econômica da sanção penal, o autor não se furta a posicionar-se também no plano criminológico e político criminal.

Outra inarredável qualidade do texto é o fato de que o autor procede uma cuidadosa importação teórica. Nos nossos dias tem sido bastante comum a importação acrítica de teses, postulados e teorias, especialmente das matrizes clássicas européias, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, sem o cuidado de adaptá-las à realidade social brasileira. Samuel Ebel, com seu costumeiro apurmo, situa perfeitamente os fundamentos teóricos que utiliza em sua matriz estadunidense para, em seguida, separá-los cuidadosamente das conclusões que aqueles autores produziram tendo em vista sua própria realidade social. Essa separação, detalhada e cuidadosa, é o que permite que tão somente as ideias, ou seja, as teses, sejam postas em cotejo com as formas de sanção penal próprias do Direito penal brasileiro.

Então, somente tomadas e delimitadas as espécies de pena do Direito brasileiro e passados em revisão os dados coletados nos sistemas disponíveis de registro penitenciário do Brasil, inicia-se a aproximação entre o Direito Penal e a Economia, segundo o método próprio da análise econômica do Direito.

Nesse contexto, o autor propõe uma interpretação muito própria das sanções penais segundo a Teoria Econômica, mostrando como o crime pode ser visto como um mercado e a reprimenda penal como um preço a ser pago pelo cometimento da afronta aos regulamentos deste mercado (Direito Penal).

Vistas as coisas deste ângulo, torna-se muito mais viável entender as opções feitas recentemente, no cenário brasileiro, pela prática constante de delitos econômicos dentro de algumas das camadas mais abastadas da população.

A recente descoberta da ineficiência dos mecanismos penais brasileiros para os casos de delitos econômicos pode ser perfeitamente compreendida pela falta de imposição das sanções dissuasoriamente adequadas.

Ocorre que a prática de crimes em ambiente empresarial reclama, para o seu tratamento legislativo eficaz e para a produção de um sistema de controle social punitivo racional, que o próprio sistema penal opere compreendendo e assumindo a lógica e a racionalidade que norteia as condutas dos agentes empresariais, já sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Portanto, vislumbro que somente com uma compreensão e um redimensionamento do sistema de penas tendo o olho criminológico voltado para a racionalidade empresarial econômica será possível o exercício exitoso das missões do Direito penal econômico.

Daí ser forçoso concordar com a proposição do professor Samuel de que é nas penas restritivas de direitos que reside o futuro – enquanto exista algum – para a realização de um Direito penal econômico adequado, eficaz, racional e, somente por isso, legítimo.

Auguro, pois, ao leitor, um enorme ganho de compreensão do Direito penal econômico com a leitura do presente livro. E a certeza que tenho é a mesma que nutre a plena convicção do sucesso profissional e acadêmico do autor.

Curitiba/PR, na primavera pandêmica de 2020.

Prof. Dr. Paulo César Busato

Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

A produção de um livro se enquadra como a responsabilidade máxima para aquele que se propõe a esse enorme desafio. Exprime o sentimento do autor em relação ao tema e a pretensão de que a obra tenha relevância na vida do leitor. No transcorrer da escrita, o autor demonstra seu conhecimento sobre o tema e, de forma humilde, deseja adentrar na esfera do conhecimento de seu leitor. Portanto, o livro é o cume de uma carreira trilhada no silêncio das leituras, na solidão das bibliotecas e da alegria do externar as palavras.

O texto desta obra é produção original apresentada enquanto dissertação, requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, logrado no Programa de Pós Graduação em Direito da UNINTER. Honra-me registrar a composição da banca no ato de defesa, com a presença dos ilustres Prof. Dr. Martinho Martins Botelho (UNINTER), Prof. Dr. Paulo César Busato (UFPR), Prof. Dr. André Peixoto de Souza (UNINTER), Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho (PUC/PR) e Prof. Dr. Mario Luiz Ramidoff (UNINTER). Registro o enorme carinho e elogios dos professores, em que pese suas pontuais críticas, contudo, sempre em prol do crescimento daquele que de forma humilde defende sua produção acadêmica e busca a conquista de sua titulação.

Ao Professor Dr. Martinho Martins Botelho, meu orientador, tanto na graduação, quanto no Mestrado, deixo meu sincero agradecimento pela paciência e atenção, por suas sempre geniais considerações e pelo florescer da minha paixão pela Análise Econômica do Direito. Me recordo de seu entusiasmo quando levantei a hipótese de pesquisa através dos preceitos da Escola de Chicago, em especial com o recorte de Gary Becker e a *Criminal Law and Economics*.

Um agradecimento muito especial presto ao Professor Dr. Paulo César Busato, pela enorme gentileza no aceite da coorientação de minha dissertação. É de sua responsabilidade o despertar do amor verdadeiro pelo Direito Penal, pela pesquisa e pelo respeito aos pontos de vistas divergentes, imprimindo seu nome no rol seleta dos grandes maestros. Conheci pessoalmente o Professor em 2016, após meu regresso do Curso de verão em Göttingen, passando a frequentar seu seleta grupo de estudos *Modernas Tendências do Sistema Criminal*, para, após, segui-lo no grupo de pesquisa da UFPR *Sistema Criminal e Controle Social*, onde tive a oportunidade de apresentar o resultado da pesquisa na Universidade *Humbolt* em Berlim no ano de 2019, sob sua tutela. Agora, após o passar dos anos, tenho a enorme satisfação de ter seu prefácio na presente obra.

Especialmente agradeço ao Professor e amigo Rodrigo J. Cavagnari, pela paciência quase paterna neste universo acadêmico, sendo uma bússola nesse oceano de teorias e formalismos, apresentando-se como o verdadeiro guia das caravelas rumo ao destino do conhecimento e sabedoria.

Não por último, meu sincero obrigado para Thomas Magnum Maciel Battu e Guilherme Ebel Braga Ramos, exímios advogados e meus amigos íntimos, que acompanharam cada segundo desta fase acadêmica com respeito e carinho. Minha esposa, Fabiane Bagattoli Zumach, pela sua paciência, compreensão e amor incondicional no período para a obtenção do título acadêmico e desenvolvimento desta obra, pelo qual me restará retribuí-la para todo o sempre.

O autor

Curitiba/PR, outubro, tempos de pandemia de 2020.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

INTRODUÇÃO

1 A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E ECONOMIA

1.1 A Análise Econômica do Direito

1.1.1 Conceito

1.1.2 Law and Economics

1.1.3 A metodologia da Análise Econômica do Direito

1.1.4 A maximização de resultados através da análise custo-benefício

1.1.5 Princípio da eficiência

1.1.5.1 A eficiência de Vilfredo Pareto

1.1.5.2 Vantagens do método de Pareto

1.1.6 É possível pensar no Ótimo de Pareto no Direito Penal?

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

2.1 Gary Becker: pensador contemporâneo da Criminal Law and Economics

2.2 A Economia comportamental e sua perspectiva sobre o ofensor (Behaviour Law and Economics)

2.3 A decisão pelo cometimento do delito é um comportamento racional?

2.4 Teoria da dissuasão

3 FUNDAMENTOS PARA UMA SANÇÃO PENAL ÓTIMA

3.1 A interpretação das sanções penais conforme a Economia

3.1.1. A sanção penal se assemelha aos preços e taxas?

3.1.2 O custo da sanção penal é mensurado pelo agente criminoso?

3.1.3 Preços (penas) maiores significam menos crime?

3.2 Sanções penais eficientes

3.2.1 A sanção penal como forma de coação comportamental: A prevenção geral (*Deterrence*)

3.2.2 Nível ótimo de dissuasão: a certeza da aplicação da sanção penal em superação a severidade da pena

3.2.3 Aplicar a pena de privação de liberdade é racional?

3.3 Possibilidade de sanções penais *ótimas* no Código Penal Brasileiro.

3.3.1 As penas restritivas de direitos e penas de multa: Uma possibilidade *ótima* para sanções penais

3.3.2 Uma proposta de análise futura: O estigma e a pena de shame podem ser sanções penais *ótimas*?

3.4 Conclusões Parciais

4 PROPOSTA DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES PENAIS ÓTIMAS ANTE A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

4.1 As medidas de segurança como possível sanção penal ótima para delitos cometidos por pessoas jurídicas

4.2 Viabilidade econômica da medida de segurança

4.3 Apresentação e crítica sobre o estigma e a pena de *shame* enquanto reprimendas penais nos delitos econômicos

4.4 As soluções negociadas podem ser ótimas para a efetividade da reprimenda penal?

4.5 Premissa limitadora para aplicação de sanções penais: O princípio da culpabilidade

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Die verantwortlichkeit für derartige Zustände fällt nicht auf denjenigen Theil der Bevölkerung, der das Gesetz übertritt, sondern auf denjenigen, der nicht den Muth hat, es aufrecht zu erhalten.

(Rudolph von Jhering. Der Kampf um's Recht, 1872, p. 55)

O desconforto com a desmedida utilização das penas privativas de liberdade e o aumento dos indivíduos submetidos ao cárcere foram as premissas para o início do desenvolvimento da possibilidade de novas formas de observação do Direito Penal e suas penas.

O castigo, de modo geral, esteve estreitamente vinculado ao descumprimento de regras impostas aos seres humanos. A pena era a forma de reafirmar o poder soberano: um castigo é aplicado àquele que tem a ousadia de afrontá-lo.

A origem da pena se confunde com a origem da humanidade. Traçar uma linha do tempo da sanção penal pode parecer temerário. Cezar Roberto Bittencourt é claro ao afirmar que quem se proponha a aprofundar-se na história da pena corre o risco de equivocar-se em cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo se encontra cheio de espinhos¹.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439

Por vários séculos, a repressão penal continuou a ser exercida por meio da pena de morte - executada pelas formas mais bárbaras - e de outras sanções cruéis e infames (torturas, açoites, castigos corporais, mutilações e suplícios)².

Surgiu, então, a inquietude do ser humano em balizar o enorme poder conferido ao soberano, o qual não necessitava de justificativa para a aplicação de seus castigos. Como *Paulo César Busato* aponta, o soberano era a personificação do Deus (como na antiguidade) ou representava a expressão da vontade do Deus, ou quando menos, dos governados³.

Pensa-se, então, na sanção penal na atualidade. O Estado detém o poder de punir, bem como também tem o dever de punir⁴. A pena é a resposta do Estado frente ao ilícito cometido, restringindo o autor do delito em sua esfera jurídica, privando-o de sua liberdade ou restringindo seus direitos, em uma retribuição pelo cometimento de uma conduta determinada como crime⁵.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 24^a ed – São Paulo: Atlas, 2007, p. 244

³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 709.

⁴ Neste sentido: “Desde o ponto de vista da teoria política, duas conclusões são possíveis sobre a forma moderna de percepção e de representação da sanção penal. A primeira é de que o uso da força e a reivindicação de sua legitimidade instauram a ordem jurídico-política; a segunda é a de que a pena imposta pela autoridade constituída é, inevitavelmente, uma ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico. Exatamente por caracterizar-se como ato de violência, o discurso jurídico impõe que o exercício da força no interior da ordem política seja limitado por regras e legitimado por discursos (teorias da pena)”. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

⁵Cezar Bitencourt comenta que “A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é de sua progressiva abolição, mas de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.

Algumas apresentações ao conceito de pena⁶ se fazem necessárias. *Aníbal Bruno*⁷ aduziu que a pena é uma resposta que uma comunidade organizada politicamente dá a um fato transgressor de normas fundamentais à sua estrutura e, portanto, tais fatos são definidos pela lei como delituosos. Continua o autor afirmando que essa reação “aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social.”⁸”

Por outro lado, *Santiago Mir Puig*, sob a influência do direito penal liberal, mostra que uma função de prevenção do crime foi atribuída à penalidade e também bem como uma compensação pelo mal cometido. A fundação do Estado liberal e do Direito no contrato social, concebido como um pacto que os homens subscrevem por razões de uso, levou a atribuir à pena a função utilitária de proteger a sociedade através da prevenção de crimes, cuja essência é vista, a princípio, em constituir um “dano social”⁹.

O jurista francês Emmanuel Dreyer definiu a pena da seguinte forma: “*por sua própria etimologia, a pena é inseparável da ideia de punição. Seu personagem principal é indubitavelmente doloroso: é um sacrifício infligido por auto-sacrifício. Daí esta definição: pena, propriamente falando, é o sofrimento que o poder social inflige ao*

⁶ Como forma de introduzir a sanção penal sob perspectiva econômica, tem-se que as sanções penais se assemelham a *taxas e preços* que devem ser pagos pela infringência da norma penal. Ainda, que a pena é um custo a ser mensurado pelo infrator quando da decisão do cometimento do delito.

⁷ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 10.

⁸ BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 11.

⁹ No original: “*Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidade conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad através de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un “daño social”*”. MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2ª Edición, Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982, p. 25

*autor de uma ofensa legal*¹⁰". Neste sentido, *Jeremy Bentham* afirmou que a pena pode ser definida como um mal resultante para um indivíduo da intenção direta de outro, por conta de algum ato que parece ter sido feito ou omitido¹¹.

René Ariel Dotti complementa que a pena criminal também consiste na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição a sua conduta e para prevenir novos ilícitos¹². A pena¹³, continua o autor, deve prevenir¹⁴ e reprimir as condutas ilícitas culpáveis.

O cuidado com a expansão da repressão deve ser sempre objeto de observação. Se mostra pertinente a conclusão de *Otto Kirchheimer e Georg Rusche*: "*a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrendo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral*"¹⁵.

¹⁰ No original: "*De par son étymologie même, la peine s'avère indissociable de l'idée de châtement. Son caractère principal est sans doute d'être douloureuse: elle est un sacrifice infligé à raison du sacrifice qu'il a lui-même infligé. D'où cette définition: la peine, proprement dite, est la souffrance que le pouvoir social inflige à l'auteur d'un délit légal.*" DREYER, Emmanuel. **Droit Pénal Général**. 4^e édition. Paris: Lexis Nexis, 2016, p. 923.

¹¹ BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment**. London, Robert Heward, 1830, p. 02.

¹² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 553.

¹³ "A pena, como instituição jurídica, é um sofrimento que o ordenamento jurídico faz seguir a um determinado fato ilícito para o autor deste (*Punitur postquam peccatum est*). A chamada *orientação clássica* vê a essência da pena na retribuição da ilicitude culpável. Dentro das chamadas *escolas modernas* (sociológicas), a orientação extrema descarta e concebe a pena exclusiva como meio de retribuição e concebe a pena exclusiva como o meio para que os punidos abandonem o caminho das futuras lesões jurídicas (seja no sentido da intimidação, da majoração da pena ou de torná-lo inofensivo). As *teorias unificantes* (sincréticas) aspiram a uma pena que em si unifique as idéias de retribuição e segurança. BELING, Ernest von. **A ação punível e a pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 81-82.

¹⁴ O *Código Penal Português* em seu Artigo 40, versa sobre as finalidades das penas. O item 1 do artigo citado dispõe: "A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade".

¹⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2^a ed. Rio de Janeiro:

Com estas considerações iniciais sobre a sanção penal, uma continuação do tema nos levaria à discussão das teorias da pena. Entretanto, não se faz pertinente adentrar nesta seara, nem é o objetivo da obra. A presente investigação funda-se na hipótese da prevenção de delitos através da aplicação de sanções penais e, com isto, fixa-se a função¹⁶ de prevenção geral¹⁷ como o pressuposto teórico da pena a ser discutido nos capítulos seguintes, com ênfase na análise através das teorias econômicas.

O castigo tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Este já era o pensamento de *Cesare Beccaria em 1764*¹⁸.

Em um olhar inicial sobre a sanção penal sob o viés da Economia, tem-se que uma das correntes analíticas da *Criminal Law and Economics* está interessada em achar uma “*combinação ótima/eficiente*” de punições que minimize o custo do crime e de sua punição.

Editora Revan, 2004, p. 282.

¹⁶ Sobre a função da pena: “As teorias e a política do Direito Penal também têm se ocupado com a questão acerca da solução dos casos jurídico-penais e no decurso do século encontraram as mais diferentes respostas e igualmente as rechaçaram. Há séculos estas respostas encontram-se à disposição; a historicidade do sistema jurídico-penal mostra de modo particularmente claro quais as respostas à questão acerca da solução dos casos jurídicos-penais, que, às vezes, são favorecidas, quais são suprimidas e quais são consideradas falsas. Estas respostas denominam-se “teorias da pena”, ou seja, as opiniões científicas sobre os fins e tarefas das penas; elas desembocam em uma “teoria do Direito Penal” que prescreve ao todo os fins e tarefas do Direito Penal (incluindo os fins e tarefas das penas)”. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2005, p. 369.

¹⁷ O tema será melhor analisado nos capítulos seguintes. Mesmo assim, é prudente dar os contornos iniciais acerca do tema. Sobre a teoria da Prevenção Geral Negativa: “Idealiza-se o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo”. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 724; “A função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga (...); o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, 3ª Ed. ICPC-Lumen Juris, 2008, p. 466-467.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 53.

Esta corrente sugere que uma sanção penal deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. O *decisor racional*¹⁹ leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato²⁰. A conclusão é latente: o ofensor se engajará no crime se o ganho esperado superar a punição correspondente.

Desta maneira, busca-se na sanção penal uma forma de dissuasão da decisão do cometimento do ilícito, através do conhecimento da sociedade da ameaça da pena e de sua violência. A partir do exemplo da pena, espera-se que a sociedade não pratique condutas elencadas como criminosas, ciente da certeza aplicação da devida punição.

Franz von Liszt apresentou que a ameaça da pena ressalta a importância desta, que, como exortação e intimidação, reforça os motivos que devem fazer desistir da perpetração de delitos. Pena, entende o autor, é coação. É dirigida contra a vontade do criminoso²¹ ao lesar ou eliminar os bens jurídicos nos quais sua vontade se havia encarnado²².

¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 476. O conceito de racionalidade será apresentado no capítulo seguinte.

²⁰ Sob o vies econômico, pode-se pensar na associação entre crimes e danos: “*Since almost all crimes are also torts, there is really no such thing as a boundary between tort law and criminal law. The correct description of the separation between doctrines is that the categories of socially undesirable and market-bypassing conduct describe areas in which tort and criminal law co-exist, while the category of potentially socially desirable conduct is one to which tort law alone applies.*” HYLTON, Keith N., **The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law**. Boston Univ. School of Law. Working Paper nº. 02-17, January 2005, p. 184.

²¹ Em sua obra publicada em 1923, o jurista italiano Enrico Ferri vê o criminoso como “*delinquente*” e apresenta sua concepção sobre o crime: “Delinquente é aquele que comete um crime; mas a palavra crime tem dois significados: o primeiro ético-social (muito amplo) e jurídico (mais restrito). O primeiro sentido expressa uma ação imoral, isto é, contrária às condições de existência social em razão dos costumes, da honestidade e da dignidade humanas; já, o segundo, indica uma ação quase sempre imoral, cuja principal característica é a proibição legal, e contrária às condições de existência social no que diz respeito à disciplina e à segurança sociais. FERRI, Enrico. **Delinquente e responsabilidade penal**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 09.

²² LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2005, p.55-56.

Com isto, na tentativa de buscar uma contribuição singular para o auxílio do estudo das sanções penais, o método da **Análise Econômica do Direito** surgiu de forma peculiar para a cooperação entre o Direito Penal e a Economia, promovendo um novo cotejo na apreciação das penas, do ofensor e suas decisões pelo delito, na dissuasão e na hipótese da racionalidade da reprimenda penal.

A proposta de trabalho é somente promover uma possibilidade de análise dos delitos e das sanções penais sob o enfoque da Economia, sem adentrar em discussões acerca da Criminologia, de políticas criminais ou da Sociologia, apresentando as concepções oriundas da Escola norte-americana da *Criminal Law and Economics*, estabelecendo-se o primordial artigo de *Gary Becker* “*Crime and punishment: an economic approach*” como referencial teórico para uma hipótese de sanções penais eficientes.

Com seus postulados fundados na racionalidade do indivíduo, eficiência e *custo-benefício*, a investigação se concentra nas sanções penais dispostas no Código Penal Brasileiro, onde se fará a verificação de quais se amoldam no modelo de eficiência proposto por *Vilfredo Pareto*, na qualidade de sanções penais ótimas.

Entretanto, não se admite a fuga ao enfrentamento de que a grande parte dos estudos da *Criminal Law and Economics* teve a sua origem nos Estados Unidos e abarcam a realidade local, sendo que a mera importação das conclusões obtidas pelos estudos empíricos realizados naquele contexto produziria um eco simplório e raso, considerado o exemplo brasileiro. Assim, o presente trabalho tem a pretensão de averiguar se as sanções penais dispostas no Código Penal Brasileiro podem ser consideradas racionais e equilibradas através do método da Análise Econômica.

Para tanto, inicia-se uma aproximação entre o Direito Penal e a Economia, delimitando os conceitos da Análise Econômica do Direito, sua evolução histórica e a demonstração de uma metodologia para que

a Análise através da Economia se mostre útil para o estudo do Direito Penal. Com isto, após a exibição dos elementos necessários para o aprofundamento do tema, permite-se a imersão na escola da *Criminal Law and Economics*, com o estudo da obra de *Gary Becker*, verificando a possibilidade de reflexão sobre o comportamento do indivíduo e sua racionalidade, bem como o efeito das sanções penais na dissuasão (que o Direito Penal entende como prevenção geral). A eficiência restará delimitada nos moldes de Pareto, de forma a buscar a hipótese do equilíbrio da sanção penal, ou seja, a devida aplicação da resposta ao injusto com a atenção na não piora das condições do ofensor.

Ato contínuo, será apresentado a interpretação dos delitos e das sanções penais segundo a Teoria Econômica, onde o crime seria um mercado e a reprimenda penal como um preço a ser pago pelo cometimento de uma afronta aos regulamentos deste mercado (Direito Penal). Através dos fundamentos da Economia, em especial a eficiência de Pareto, o *custo-benefício* e a racionalidade, o capítulo final é determinante para uma hipótese de como as sanções penais podem modificar o comportamento do indivíduo em sua decisão racional em empreender-se na atividade do delito e verificar-se-á a possibilidade de uma sanção penal ótima no contexto brasileiro.

Deste modo, por fim, após o aprofundamento no ferramental econômico, verifica-se a possibilidade de aplicação de reprimendas penais equilibradas no contexto dos delitos econômicos, em especial relacionados na reprovação da pessoa jurídica, debate este borbulhante na academia na contemporaneidade.

Assim, esta obra tem como objetivo contribuir de forma humilde à reflexão, tratando-se de assunto dotado de complexidade e polêmica quando da conjugação do Direito Penal e os preceitos da Economia, contudo, mostra-se razoável ao leitor tal instigação na contemporaneidade, visando novas construções dogmáticas.

1

A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E ECONOMIA

As relações entre Direito e Economia, muito embora tenham se firmado no campo dos contratos e no Direito Civil, tem se voltado para outros planos jurídicos – no caso, o Direito Penal – descortinando novas abordagens e formas de pensamento, sobretudo para entender o comportamento criminoso e o custo da dissuasão da prática delituosa.

Vários autores explicitam uma definição para o Direito Penal, manifestando sua convicção ou juízo de valor sobre aquilo que entendem sobre a matéria. Para *Paulo César Busato*, o Direito Penal se exterioriza como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como penas ou as medidas de segurança²³. *René Ariel Dotti* aponta que a missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade²⁴.

No desenvolvimento de *Steven Shavell*, a Economia trata o Direito Penal como uma das formas de controle das atividades que se apresentam como nocivas e contrárias às normas. O Direito Penal concorre com outros campos do direito, tais como o Administrativo e o Tributário, como forma de cooperação na prevenção de atividades que imponham custos sociais que excedam os seus benefícios sociais²⁵.

Dada a estrutura dos custos e benefícios, na visão dos autores da Escola do *Law and Economics*, o Direito Penal é usado se permitir que a sociedade se aproxime de um nível socialmente ótimo de atividade prejudicial. O domínio adequado para o uso do direito penal é assim determinado de forma pragmática pelos custos e benefícios do uso de ferramentas de direito penal em relação ao uso de instrumentos não criminais²⁶.

²³ BUSATO, Paulo César. *op. cit.*, p. 01.

²⁴ DOTTI, René Ariel. *op. cit.*, p. 77.

²⁵ SHAVELL, Steven. **The Optimal Structure of Law Enforcement**. *Journal of Law and Economics*, v. 36, 1993, p. 255-287.

²⁶ Cf. BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. **The Scope**

1.1 A Análise Econômica do Direito

O diálogo²⁷ entre Direito e Economia pode parecer uma interdisciplinaridade extravagante aos juristas. Enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas e fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Essa teoria, baseada de como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso. Mais ainda, a Economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos técnicos; elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes²⁸.

No entendimento da Professora da Universidade de Tel Aviv, *Talia Fischer*, a Economia é a ciência social que analisa a escolha e o comportamento racional dos indivíduos na produção e consumo de bens econômicos, ou seja, bens que são escassos. A suposição subjacente da análise econômica é que, em condições de escassez, os agentes - sejam eles indivíduos, empresas, mesmo o Estado - atuem como maximizadores racionais e voltados para o futuro de seus utilitários²⁹.

of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. *Journal of Law and Society*, Vol. 35, n. 3, 2008, p. 389-416.

²⁷ Neste sentido: “Disso decorre que a Ciência Econômica, responsável pelo estudo da relação entre a escassez dos recursos versus as necessidades humanas ilimitadas, entrelaça-se com a Ciência Jurídica, cujo escopo é o enquadramento das mencionadas relações nas normas jurídicas. Não houvesse escassez ou a necessidade de repartir os bens entre os homens, não existiriam sistemas econômicos, tampouco a própria Economia – que é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes para satisfazer a necessidade humana.” GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. *Análise Econômica do Crime: Abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal.* In: *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 2, 2016, p. 77 – 98, p. 79.

²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 26.

²⁹ FISCHER, Talia. *Economic Analysis of Criminal Law*. Oxford University Handbook of

Neste passo, mostra-se sensato a conjugação destes campos de estudo diante a análise das interações humanas e a busca do aperfeiçoamento do direito com a aplicação de suas normas e suas devidas consequências.³⁰ É que aqui se assume a expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o *movimento da Law and Economics*.³¹

A aplicação da Economia à lei não se limita àquelas áreas da lei que afetam diretamente os mercados ou a atividade econômica. Ela vai muito além para examinar instituições legais fundamentais. A extensão mais inovadora da economia é a chamada *economia do direito ou direito e economia*, que toma como assunto todo o sistema legal e regulador independentemente de a lei controlar, ou não, as relações econômicas. Analisa detalhadamente os efeitos e a estrutura das doutrinas jurídicas e dos remédios que compõem as leis existentes. Esse ramo da abordagem econômica da lei é frequentemente visto como sinônimo da análise da lei comum - a lei feita pelo juiz sobre contrato, propriedade e ato ilícito (a área da lei comum que lida com danos não intencionais, como acidentes e incômodos). - e leis familiares e criminais, e muitas outras áreas, como procedimento legal³².

Criminal Law. Oxford University Press, 2014, p. 38.

³⁰ Cf. MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

³¹ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Económica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*). Em SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. – Curitiba: Virtual Gratuita (EVG), 2017, p. 17.

³² Cf. VELJANOVSKI, Cento. *op. cit.*, p. 24.

A Análise Econômica baseia-se na afirmação de que os agentes estão conscientes de suas preferências e operam de forma racional para promovê-los. A partir dessa suposição de maximização racional, deriva princípios econômicos centrais - estes incluem a proposição de que os indivíduos não agirão, *a menos que o benefício esperado da ação supera seu custo esperado*³³.

A disciplina de Direito e Economia pode ser descrita como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.³⁴ Bruno Meyerhof Salama releva que, na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende “*a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico*”; para Nicholas Mercurio e Steven Medema, trata-se da “*aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais*”³⁵.

A Análise Econômica do Direito procura identificar os efeitos das normas legais sobre o comportamento de atores relevantes e se esses efeitos são socialmente desejáveis. A abordagem empregada é a da

³³ FISCHER, Talia. *op. cit.* p. 38.

³⁴ Conforme Bruno Salama: “A disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do temário da disciplina de Direito e Economia. Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite”. Em SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 14.

³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 15.

análise econômica em geral: o comportamento de indivíduos e empresas é descrito assumindo que eles são prospectivos e racionais, e a estrutura da economia do bem-estar é adotada para avaliar a conveniência social dos resultados³⁶.

Para *Ivo Teixeira Gico Junior*, a Análise Econômica do Direito (AED) tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED³⁷ da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia³⁸.

George Hay vai além. O autor pronuncia-se no sentido que o movimento de direito e economia tem sido a corrente intelectual mais poderosa na história da educação jurídica. Continua o autor sustentando que há como rejeitá-lo ou abraçá-lo, mas não se pode ignorá-lo e que para os seus apoiantes, apresenta uma forma elegante e eficaz de analisar e avaliar a doutrina jurídica em quase todos os ramos do direito³⁹.

³⁶ Cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 536, 2005, p. 02.

³⁷ “A AED assume posturas teóricas que a priori não estão afastadas daquelas sobre as quais eu me apoio. Se vários juristas europeus viram a aventura realista, ao menos em sua versão americana, como um pesadelo, em oposição ao sonho nobre de Hart, ao contrário, eu considero que, mesmo que ela tenha dado origem a uma multiplicidade de correntes diversas e desiguais, ela teve o mérito de fornecer um salutar reposicionamento do pensamento em, sobre e no direito. Evidentemente, o realismo jurídico americano constitui, com o pragmatismo filosófico e o utilitarismo tingido de consequencialismo os pilares teóricos que permitiram à AED se desenvolver.” Em MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico. In: **Economics Analysis of Law Review**. V. 9, no 1, p. 277-284, Jan-Abr, 2018, p. 279.

³⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, nº 1, p. 7-33, jan-jun, 2010, p. 18.

³⁹ HAY, George A. **The Past, Present, and Future of Law and Economics**. Disponível em: <<http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p82181/pdf/article08>>.

Neste mesmo pensamento, o estudo da Análise Econômica do Direito pode ser considerado um desenvolvimento importante no campo do Direito nos últimos cinquenta anos, aperfeiçoando a compreensão do operador do Direito aos fenômenos sociais e auxiliando na tomada de decisões jurídicas racionais ao sobreponderar custos e benefícios ou ponderar valores sociais em conflito⁴⁰.

Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, doravante AED, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, porque muitas vezes uma legislação é adotada e porque noutras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda porque é tão difícil alugar um imóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos⁴¹.

De acordo com *Javier Jiménez*, a Análise Econômica do Direito constitui uma das modalidades de exame substantivo e substancial do fenômeno jurídico. Dito exame, segundo o autor, se concentra na construção, concepção, conceituação e qualificação, crítica e renovação das instituições jurídicas e dos atos da vida, a partir de um método jurídico; não se pode negar a correlação entre as instituições e métodos jurídicos e as instituições sociais, em particular, as de natureza econômica⁴².

pdf>. Acesso em: 16.07.2018. Para o autor, os detratores da *Law and Economics*, ela representa um telescópio imperialista, mas tem uma lente que distorce: procurando varrer o horizonte, enquanto destaca certos valores e negligência completamente outros.

⁴⁰ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. In: **Economics Analysis of Law Review**. V. 9, no 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018, p. 266.

⁴¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *op. cit.* p. 18.

⁴² IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho: método, investigación y**

A AED procura responder a algumas perguntas essenciais. Primeiramente, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes⁴³? Segundo, estes efeitos são socialmente desejáveis? Em particular, parte-se da premissa de que os agentes são racionais e olham para o futuro. Ao tomarem decisões, levam em consideração seus custos e benefícios privados. O objetivo dos agentes, então, é o de maximizar seus benefícios incorrendo no menor custo possível⁴⁴.

Robert Cooter e Thomas Ulen indicam a compreensão de *Richard Posner* ao expor sua opinião sobre a relação entre o Direito e a Economia. Entende este que o aspecto mais interessante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses. O Direito, para *Posner*, é uma instituição social de enorme antiguidade e importância. Já a Economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles⁴⁵.

A Análise Econômica do Direito propõe como fundamento principal o alcance de maior previsibilidade e segurança para as relações jurídicas. Para tanto, traz os postulados que operam na ótica do prática jurídica. Barcelona: Editor Bosch, 2011, p. 23.

⁴³ Cf. TABAK, Benjamin Miranda. Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, Número 205, jan/mar, 2015, p. 322.

⁴⁴ “Um exemplo seria o desenho de uma lei que tem como objetivo reduzir determinado tipo de crime. Os reincidentes devem sofrer maior punição do que aqueles que cometem o crime pela primeira vez? Em sua obra, Mungo analisa um modelo em que os potenciais criminosos comparam custos e benefícios da atividade criminosa ao decidir se infringem ou não a lei. Ele sugere que, se a sanção para aqueles que são reincidentes for suficientemente alta, então é possível reduzir a criminalidade. Nesse caso, a incidência de crimes se reduz pelo alto custo de ser considerado reincidente. Dessa forma, aumentar a punição para os reincidentes leva a um desincentivo a cometer crimes, o que pode levar a uma queda na criminalidade”. Em TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.* p. 322

⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 23.

mercado, a fim de tornar seu funcionamento adequado, para a lógica do ordenamento jurídico. Assim, as relações jurídicas deveriam agregar as noções de maximização, eficiência e equilíbrio⁴⁶.

Tal qual a aproximação entre o Direito e a Economia possa apresentar uma função determinante para o entendimento dos eventos outrora ocorridos, a Análise Econômica pode fornecer instrumentos para prever tais eventos, sempre em busca do menor custo e maximização do benefício esperado.

1.1.1 Conceito da Análise Econômica do Direito

Sob um olhar limitado, o direito se mostra como a técnica de regulação de comportamentos humanos e a economia se exhibe como a ciência que promove a averiguação de como os seres humanos tomam decisões e se comportam em uma perspectiva de recursos finitos e as consequências desses comportamentos.

A base do modelo econômico do comportamento individual é a suposição de que as pessoas escolhem racionalmente entre suas oportunidades para alcançar a maior satisfação de suas preferências. Os economistas assumem que o indivíduo é racional na medida em que suas preferências são completas, reflexivas e transitivas, e o indivíduo escolhe oportunidade que produz a maior utilidade de acordo com suas preferências⁴⁷.

⁴⁶ PORTILHO, Rapahela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do Direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 9, n. 1, p. 355-379, jan./abr. 2018, p. 362.

⁴⁷ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. **An Economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy**. Duke Law Journal. v. 01, feb., 1990, p. 04.

Assim sendo, a Análise Econômica do Direito é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. É o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências⁴⁸.

Consoante configuração de *Rachel Sztajn*, a Análise Econômica do Direito pode ser conceituada como uma escola de pensamento que busca, para compreender e explicar efeitos das normas jurídicas, uma base de apoio pautada em modelos e premissas desenvolvidos por economistas, constituindo uma técnica inovadora de avaliação da eficácia das normas⁴⁹.

Aprofundando desta forma, a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são *juseconomistas*⁵⁰.

⁴⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *op. cit.* p. 08.

⁴⁹ SZTAJN, Rachel. Direito e economia. In: **Revista de Direito Mercantil**, nº 144, out./dez., 2006, p. 221.

⁵⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *op. cit.*, p. 18.

A *economia do direito*⁵¹, como define *Cento Veljanovski*, pode ser definida de forma bastante rudimentar como a aplicação da teoria econômica, principalmente a teoria dos preços, e métodos estatísticos para examinar a formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições legais. Nenhum consenso surgiu ainda, nem os economistas possuem uma teoria unificada do direito⁵².

De forma clara, a AED caminha no sentido de associar o papel do Direito ao incentivo de comportamentos economicamente eficientes pelos indivíduos, com o intuito final de maximizar o bem-estar geral. Assim, os operadores do Direito deveriam debruçar-se sobre as consequências econômicas das normas jurídicas, uma vez que a interpretação dessas normas regularia as condutas sociais, à medida que as incentivaria ou não⁵³.

De forma didática, *Eric Jasper* destaca algumas características da Análise Econômica do Direito: 1. A AED atribui peso igual ao bem-estar de todas as pessoas e foca no valor esperado e agregado de bem-estar; 2. Uma regra jurídica é desejável se é eficiente, ou seja, se a soma de bem-estar gerado é maior que a soma dos custos; 3. O critério padrão da AED para bem-estar é a satisfação de preferências individuais e o dinheiro é, na maioria dos casos, o denominador comum da AED; 4. O conteúdo das preferências individuais é irrelevante. A AED busca o pluralismo; 5. A análise custo/benefício é utilizada para resolver o problema de agregar preferências individuais de várias pessoas. A análise custo/benefício mede as preferências das pessoas com base na

⁵¹ Economia do Direito também pode ser entendida como sendo a Análise Econômica do Direito. Neste sentido: “Frequentemente, as expressões Análise Econômica do Direito e Escola de Chicago são empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade, cuja orientação destaca a falência da intervenção sobre a economia, celebrando o conúbio entre direito e eficiência” Em FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercância ao mercado**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

⁵² VELJANOVSKI, Cento. *op. cit.*, p. 24.

⁵³ PORTILHO, Rapahela Magnino Rosa; SANT’ANNA, Leonardo da Silva, *op. cit.*, p. 366

disposição que as pessoas têm de pagar por algum bem; 6. A AED assume que seres humanos são maximizadores racionais de seus conjuntos estáveis de preferências individuais formadas pelo processamento de informações diversas⁵⁴.

O conceito da Análise Econômica do Direito⁵⁵ pode ser resumido como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais para uma maior eficiência alocativa a fim de alcançar o bem-estar dentro da moral⁵⁶.

Como conclusão, a Análise Econômica do Direito desfruta de grande potencial para a promoção investigativa pertinente a criminalidade, especialmente aqueles crimes com características econômicas. Neste andamento, a AED e sua metodologia através de seu ferramental econômico emerge como possibilidade de utilização na análise das sanções penais existentes no Brasil e sua forma de aplicação.

⁵⁴ JASPER, Eric Hadmann. Fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, ano 61, n. 238, jan-jul/2012, p. 250-251.

⁵⁵ Neste sentido: “*Law and economics can be defined as the economic analysis of law, and therefore as the application of the rational choice approach to law. In accordance with the textbook definitions, the term law here refers to statutes, judge-made law, treaties and customary law. However, not only the law itself is studied, but also the way it came into existence and, in particular, its effects*”. Em KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. In: **Encyclopedia of Law and Economics**. BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST, Gerrit (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 383.

⁵⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89.

1.1.2 *Law and Economics*

A relação entre Direito e Economia remonta ao Direito natural e, posteriormente, no séc. XVIII, ao utilitarismo⁵⁷, que constituiu o fundamento para a moderna Teoria Econômica. *David Hume, Cesare Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham*, seus principais percursores, já relacionavam as duas Ciências em seus estudos⁵⁸. O convívio entre estas disciplinas não é absolutamente uma novidade, sendo que, consoante *Joseph Schumpeter*⁵⁹, a origem comum do direito e da economia remonta à idéia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval e filósofos do direito natural do século XVII.

Para a maior uma compreensão sobre o tema, a grande maioria dos autores promove a divisão entre primeira e segunda onda ao se referir à história da *Law and Economics*. *A primeira onda* de Direito e Economia iniciou-se na Europa, no período compreendido entre 1830 e 1930, identificando-se, especialmente, com a Escola Histórica Alemã e atingiu os EUA por meio do movimento institucionalista,⁶⁰ recebendo influências da ideologia marxista, da escola austríaca, do realismo jurídico norte-americano e do pensamento econômico neoclássico⁶¹.

⁵⁷ A máxima do utilitarismo se resume em “Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar”. Para aprofundar o tema, ver obras de Jeremy Bentham (*Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação - 1789*) e Stuart Mills (*Utilitarismo - 1861*).

⁵⁸ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁹ SCHUMPETER, Joseph A. **History of Economic Analysis**. New York: Oxford University Press, 1954, p. 112.

⁶⁰ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 266.

⁶¹ BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. **A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2010. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>, p. 09.

Contudo, é no final da década de 1940 que tem o nascimento do que se denominou a *segunda onda* do Direito e Economia, marcada pelos estudos desenvolvidos na Universidade de Chicago, com estudos da concorrência, eficiência alocativa, produção a baixos custos com benefícios máximos aos consumidores, considerado objetivo da política de defesa da concorrência, com destaque para a atuação pioneira de Aaron Director. Adotando postura metodologicamente inovadora, realizando a aplicação de fundamentos econômicos no estudo de casos jurídicos, *Aaron Director* exerceu influência sobre uma geração de juristas, tais como, *Robert Bork, John McGee e Richard Posner*.

A fértil interação entre direito e economia no campo da concorrência⁶² na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, estimulou a realização de estudos econômicos abrangendo outras áreas do direito, conduzindo à publicação, em 1958, do aclamado *Journal of Law and Economics*, cujo primeiro editor foi o próprio Aaron Director, posteriormente substituído por *Ronald Coase*⁶³.

⁶² “Richard Posner se refere ao estudo da concorrência como antigo movimento de direito e economia, em contraposição ao novo movimento de direito e economia, cuja característica é a ampliação da agenda de pesquisa para todas as áreas do direito”. Em BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. *op. cit.*, p. 29.

⁶³ “É justamente no periódico da Universidade de Chicago que Ronald Coase publica, em 1960, o artigo *The Problem of Social Cost*, marco teórico na proposição do paradigma analítico que caracteriza a segunda onda de integração entre direito e economia, juntamente com outro texto clássico, que também explora a temática da responsabilidade civil em perspectiva jurídico-econômica, o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido Calabresi, publicado em 1961 na revista da Faculdade de Direito de Yale, contribuiu para a discussão da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando que deve haver proporção entre o preço dos bens e os custos totais de produção e que as atividades de risco devem arcar com as perdas delas decorrentes. A partir de suas ideias, o sistema de responsabilidade civil passou a ser visto como real forma de controle das externalidades negativas”. Em BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. *op. cit.*, p. 30. Em tempo: Ronald Coase foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1991.

Não se nega que a linha do tempo do movimento *Law and Economics* é bem mais extensa, optando-se, aqui, pela ênfase em *Richard Allen Posner*⁶⁴ e suas contribuições para o desenvolvimento do tema, sendo o teórico que impulsionou o desenvolvimento da disciplina e que passou a fazer relação da ideia utilitarista com a maximização da riqueza, a partir da qual o homem busca permanentemente a potencialização de seus interesses e da livre escolha. Também, por sua contribuição no que diz respeito ao Direito Penal e Economia (*Criminal Law and Economics*), tema a ser tratado nos capítulos seguintes.

Sobre a importância de Richard Posner para a escola *Law and Economics*, *Charles Rowley* assentou que inequivocamente, *Richard A. Posner* tem sido considerado o mais importante acadêmico em direito e economia desde que o seu livro-texto *Economic Analysis of Law* foi publicado pela primeira vez em 1973. Mais do que qualquer outro pesquisador individual, ele tem sido responsável pela forma que tomou o movimento de direito e economia na era pós-Coase⁶⁵.

A contribuição de Posner para a análise econômica do direito está associada a uma conjectura simples que demonstrou enorme produtividade: que a *common law* (que para *Posner* significa *judge-made law*) pode ser mais bem entendida como um sistema de regras projetado para produzir resultados economicamente eficientes.

⁶⁴ Richard Allen Posner, um dos criadores do movimento do enfoque econômico do direito, nasceu em Nova Iorque, em 1939, estudou Direito em Harvard e atualmente é professor em Stanford na Universidade de Chicago, onde é catedrático emérito. Doutor honoris causa por várias universidades, entre elas, Yale. É juiz-presidente do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito da Justiça Federal norte-americana. Suas principais obras são: *Economic analysis of law*, *The economies of justice*; *Law, pragmatism and democracy*; *Overcoming law*; *Frontiers of legal Theory*.

⁶⁵ ROWLEY, Charles K. An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003. In: **The Origins of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005, p. 20.

Nos ensinamentos do autor, o sistema de regras da *Common Law* servia como estímulo à conduta das pessoas para se comportarem de maneira eficiente, isto é, passível de maximizar a riqueza na sociedade. Com seus textos *A Theory of Negligence* (1972) e *Strict Liability: a Comment* (1973), o autor inovou ao afirmar que o sistema de responsabilidade deve ter como função precípua a criação de regras que induzam a níveis eficientes de acidentes e segurança⁶⁶. Assim, introduziu a Análise Econômica da Responsabilidade Civil na *Common Law*.

Posner demonstrou que conceitos econômicos simples poderiam ser usados para analisar todas as áreas do direito: contrato, propriedade, penal, família, comercial, constitucional, administrativa e processual. Levantou, ainda, que muitas doutrinas jurídicas e regras processuais poderiam receber explicação econômica e racionalização.

Conseqüentemente, afirma que a Análise Econômica do Direito possui dois ramos: *o primeiro originário de Adam Smith*, e que tem por objeto as leis que regulam os mercados explícitos, desenvolvido com o amadurecimento da economia como ciência e a expansão da regulação governamental do mercado; e o segundo resultante do trabalho de Jeremy Bentham, que tem por objeto as leis que regulam comportamento alheio ao mercado⁶⁷. *Bentham* foi um dos primeiros e, até há pouco tempo, um dos poucos pensadores que acreditou que as pessoas agiam como maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida, afirmando “*que o modelo econômico, que para alguns é o desenvolvimento das implicações de assumir que as pessoas são maximizadoras racionais, era aplicável a todo tipo de atividade humana, ao invés de confinar-se a mercados explícitos*”⁶⁸.

⁶⁶ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁷ Cf. ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do Direito e algumas contribuições. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013, p. 81.

⁶⁸ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: ASPEN Publishers,

De forma assertiva e objetivando advertir o campo de análise resultando desta interconexão entre o Direito e a Economia⁶⁹, *Posner* afirma que muitos advogados creem que a economia é o estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos e outros fenômenos macroeconômicos alheios às preocupações diárias do sistema legal, o que, como se verá, não é o mais acertado.⁷⁰

Assim sendo, o atual movimento do Direito e da Economia tem sido apresentado às vezes como uma introdução totalmente nova de conceitos e métodos de uma ciência vizinha em lei, na medida em que aborda questões em toda a gama de assuntos legais, incluindo muito comportamento não mercantil⁷¹. Sobre estes métodos, há de ser exposto a metodologia da Análise Econômica do Direito e seus postulados.

2003, p. 72.

⁶⁹ Sobre o Movimento *Law and Economics* na Alemanha, temos que: “A lei e a economia na Alemanha eram dominadas pela regulamentação, competição e pela política reguladora alemã (*Deutsche ordnungspolitik*) até o início dos anos 1970. Desde então, estudiosos alemães publicaram um amplo conjunto de trabalhos em alemão e em inglês, abrangendo áreas como direito contratual, direito ambiental, direito do trabalho, direito público, lei de falências, economia constitucional e procedimento legal. Também na década de 1970, as atividades de ensino foram iniciadas nas universidades alemãs. Além disso, várias conferências (bi) anuais sobre direito e economia foram lançadas. A fundação de alguns centros de pesquisa deu um novo ímpeto ao movimento alemão de economia e leis.” Em KIRSTEIN, Roland. *Law and Economics in Germany*. In: **Encyclopedia of Law and Economics**. BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST, Gerrit (eds.), Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 160.

⁷⁰ POSNER, Richard A. *op. cit.*, p. 27.

⁷¹ MACKAAY, Ejan. *History of Law & Economics*. In: **Encyclopedia of Law and Economics**. Bouckaert, BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST, Gerrit (eds.), Volume I. *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 66.

1.1.3 A metodologia da Análise Econômica do Direito

Como já visto, a Análise Econômica do Direito utiliza conceitos da ciência econômica e promove uma racionalização das normas jurídicas e os efeitos previsíveis de suas mudanças. A AED propõe uma leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Está apta a oferecer elementos para julgamento das instituições jurídicas e das reformas a serem propostas⁷². Assim, a abordagem juseconômica⁷³ investiga as causas e as conseqüências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada⁷⁴.

Ejan Macaay e *Stéphanie Rousseau*, teóricos da AED, expressam que as obras sobre o tema, principalmente aquelas de língua inglesa, não se preocuparam em explicar a metodologia⁷⁵. Mesmo os clássicos de *Richard Posner* e de *Robert Cooter/Thomas Ulen* não se atentaram em apresentar claramente como utilizar e racionalizar a metodologia, limitando-se ao aprendizado por meio da análise dos conceitos e instituições apresentadas em seus textos.

⁷² MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *op cit.*, p. 665.

⁷³ “Um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico- cultural e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Muito provavelmente, apenas após ser capaz de responder minimamente a estas duas perguntas um juseconomista se aventuraria em questões normativas. Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.” Em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 22.

⁷⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 21.

⁷⁵ MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *op cit.*, p. 665.

Inicialmente, o método⁷⁶ da AED parte do pressuposto que os recursos são escassos. Estes recursos, caso não fossem finitos, não importariam à sociedade problemas econômicos, pois a todos assistiriam à satisfação de suas necessidades, de qualquer tipo⁷⁷. Devido à escassez, recai à sociedade escolher o que é uma alternativa possível e o que pode ser preterido, afinal, cada escolha importará em uma renúncia. Desta maneira, temos que os agentes sempre estão em busca de maximizar seu objetivo e bem-estar: o consumidor, sua satisfação com o produto; as empresas, seus lucros; os Estados, suas receitas e os ofensores, seus benefícios com a prática de delitos.

À vista disso, a apresentação dos métodos utilizados pela AED passa pela premissa de que os agentes respondem à incentivos⁷⁸ e se valem de escolhas, mensurando os custos e benefícios com o estabelecimento de um equilíbrio entre eles, com o objetivo de maximizar aquilo que lhe proporciona maior bem-estar. As teorias econômicas se esforçam para prever as reações humanas e como a alteração na estrutura dos incentivos pode alterar o comportamento dos agentes. Complementa Ivo Gico afirmando que “os juristas emprestam essa teoria da economia, cujo objeto é precisamente investigar como age o ser humano médio diante de escolhas.”⁷⁹

⁷⁶ Vale frisar que a grande maioria das obras vale-se de exemplos práticos como forma de apresentar os métodos da AED. Desta forma, a compreensão do tema se mostra simplificado. O uso dos exemplos práticos será adotado nos capítulos seguintes, quando da aproximação da AED com o Direito Penal, em especial, das sanções penais.

⁷⁷ Complementa Ivo Gico: “Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam ex moto proprio” Em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 22.

⁷⁸ Neste sentido: “Toda a Análise Econômica do Direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em respostas aos estímulos.” Em MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *op cit.*, p. 666.

⁷⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 22.

É evidente que a Economia não compreende a realidade como um todo, havendo certos comportamentos e ações humanas que são mais afetos e explicados pela Psicologia ou Psiquiatria (tal como uma explicação para os motivos de um crime com violência sexual). Entretanto, o individualismo metodológico⁸⁰ é um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segundo a qual os interesses individuais devem ser maximizados ou que os agentes devem se comportar dessa ou daquela forma⁸¹. A AED é uma teoria sobre comportamentos não um parâmetro de avaliação de condutas. É um grande equívoco pensar que um método individualista de análise deva envolver necessariamente alguma forma um sistema individualista de valores⁸².

Desta forma, a metodologia é eminentemente comportamental, dissociando-se da visão mínima que a Análise Econômica é exclusivamente a análise de números, lucros, juros e perspectivas de Mercado. Isto significa abarcar a possibilidade de análise de toda a ação humana que envolva a realização de uma escolha (ainda que não econômica): o ato de escolher envolve o sopesamento de possibilidades, um julgamento pelo qual influenciam inúmeras variáveis apreensíveis pela Análise Econômica⁸³.

⁸⁰ “Para explicar o comportamento dos agentes e, assim, ser capaz de realizar juízos de prognose, a juseconomia adota como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema. Essa postura é o que se convencionou chamar de individualismo metodológico. Segundo essa metodologia para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Note-se que a análise do comportamento individual deve considerar a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um agente.” Em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 24.

⁸¹ KERKMEESTER, Heico. *Methodology: General*. In: **Encyclopedia of Law and Economics**. BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST, Gerrit (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 385.

⁸² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 24.

⁸³ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica do crime no Brasil*. In: **Direito Penal e Economia**. BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012,

Com isto, pode-se delimitar alguns conceitos fundamentais para a compreensão da utilização das ferramentas que são parte da Análise Econômica e funcionam como método de investigação do Direito: a maximização de resultados e dos benefícios e a eficiência⁸⁴ de Pareto.

1.1.4 A maximização de resultados através da análise *custo-benefício*

A maximização⁸⁵ supõe que as pessoas são racionais⁸⁶ e, diante disto, a racionalidade busca a maximização para atingir suas metas. Uma concepção de racionalidade sustenta que o agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. Por exemplo, um agente racional que pratica um delito econômico, onde o benefício financeiro acumulado supera o pagamento de uma sanção penal de multa. Deste modo, ofensores cometerão mais ou

p. 133-114.

⁸⁴ Neste sentido, COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 36.

⁸⁵ Da mesma forma, Ivo Gico define a conduta maximizadora: “Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora. Mais sobre isso adiante. A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos.” Em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 22.

⁸⁶ “Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um homo oeconomicus, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata”. Em SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 29.

menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas⁸⁷.

A escolha da melhor alternativa em um cenário de restrições pode ser apresentada como uma conduta de maximização⁸⁸. A racionalidade dos agentes⁸⁹, um dos postulados econômicos, leva à procura da maximização de utilidades em busca dos maiores benefícios, utilizando toda informação disponível em seu processo de tomada de decisão. Com isto, a análise do custo-benefício pelo agente vem à tona. A análise do custo-benefício exige que todos os custos e benefícios sejam colocados na tela, ou seja, fiquem acessíveis para análise. Esses custos e benefícios poderiam passar despercebidos à atenção. Nesse caso, ao avaliar o problema de forma mais geral, seria possível transpor obstáculos previsíveis e estabelecer prioridades de forma mais clara⁹⁰.

Neste sentido, há de se pensar em uma hipótese de como o agente se comporta perante determinada sanção penal, mensurando os custos e benefícios da prática de uma conduta criminosa em um cenário de maximização. Pode-se, também, delimitar como o legislador se comporta na confecção das leis penais - em especial, de suas sanções. *Cass Sunstein* mostra que a análise do custo-benefício tem como pressupostos centrais a economia comportamental e a psicologia cognitiva. Um dos pontos centrais consiste em que, muitas vezes, ao defender determinada política, por exemplo, o foco recai apenas sobre um ou poucos benefícios e abstrai-se dos custos. Nesse caso, os vieses

⁸⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 22.

⁸⁸ “O conceito de homem como ser racional que tentará maximizar seu próprio interesse implica que as pessoas reajam aos incentivos; que, se as circunstâncias de uma pessoa mudam de uma maneira que poderia aumentar sua satisfação, alterando seu comportamento, ele o fará”. Em POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2ª ed. México: FCE, 2007, p. 24.

⁸⁹ A racionalidade dos agentes e seu comportamento serão analisados em tópico futuro, sendo “A Economia comportamental (*Behaviour Law and Economics*)”.

⁹⁰ TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.*, p. 334.

comportamentais⁹¹ acabam por gerar uma visão parcial do problema e, alimentando o entendimento para o objeto deste trabalho, sanções penais equivocadas poderiam ser implementadas sem a análise dos custos de sua implementação e desprovidos da comprovação de seus benefícios.⁹²

Logo, em vistas da análise dos dispositivos de lei inerente as sanções penais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, a maximização do resultado esperado presume a verificação de todos os custos e benefícios (ao menos a maior parte deles) gerados pela inserção de novos comandos legais. O custo do encarceramento (pena privativa de liberdade) faz jus ao benefício esperado à sociedade na dissuasão da prática criminosa? As penas restritivas de direitos se amoldam como uma iniciativa eficiente no custo-benefício sob o viés da AED? Tais respostas serão apresentadas nos capítulos seguintes.

Um exemplo de como os economistas utilizam esta metodologia é a fórmula apresentada por *Benjamin Tabak* para a aferição do custo-benefício de uma norma legal. Assume-se que os custos agregados gerados pela política pública ou norma legal sejam iguais a Ct , onde t representa o instante de tempo em que se incorre nesses custos. Da mesma forma, os benefícios gerados pela medida são dados por Bt . Esses custos e benefícios ocorrem em instantes distintos do tempo e, para avaliar se os benefícios compensam os custos, calcula-se o Valor Presente dos Benefícios Líquidos (VPBL) descontados no tempo:⁹³

⁹¹ “O efeito da análise de custo-benefício é sujeitar a demanda pública por regulamentação a um tipo de escrutínio tecnocrático, para garantir que a demanda não esteja enraizada no mito e assegurar que o governo também esteja regulando os riscos, mesmo quando a demanda pública insuficientemente informado) é baixo. E aqui também não há problema democrático com a investigação das conseqüências. Se a preocupação das pessoas é alimentada por forças informacionais com pouca confiabilidade, e se as pessoas expressam preocupação mesmo que não tenham medo, um esforço governamental para “esfriar” as reações populares dificilmente é inconsistente com os ideais democráticos.” Cf. SUNSTEIN, Cass Robert. **Cognition and cost-benefit analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 09.

⁹² SUNSTEIN, Cass Robert. *op. cit.*, p. 01.

⁹³ TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.*, p. 327-328.

$$VPBL = \sum_{t=0}^N \frac{B_t - C_t}{(1+i)^t}$$

Sempre que o valor presente dos benefícios líquidos é positivo, a soma dos benefícios é maior que a soma dos custos, e a política pública gera valor para a sociedade. A variável “i” é a taxa de desconto intertemporal. Da mesma forma, esse raciocínio pode ser estendido a proposições legislativas⁹⁴.

Pode causar estranheza e desconforto ao jurista as ferramentas matemáticas. Desta forma, pergunta-se como esta metodologia pode ser aplicada ao Direito, em especial na análise das sanções penais. O operador do direito não está habituado - e talvez nem seja seu desejo - valer-se de fórmulas matemáticas para a tomada de decisões. Por consequência disso, há resistência na metodologia da AED. Entretanto, não se trata da aplicação pura da matemática ao regramento jurídico, e sim na tentativa do entendimento de como as regras jurídicas podem ser analisadas em uma estrutura de maximização com a mensuração do custo-benefício. Em um passo adiante, será analisado como o agente altera seu comportamento em resposta a esses incentivos (ou dissuasão, no caso das sanções penais).

Assim, pode-se pensar em exemplos práticos para utilização desta metodologia de maximização de resultados através da análise do custo-benefício⁹⁵. Um agente que de forma racional comete

⁹⁴ TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.*, p. 328.

⁹⁵ “A adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem-estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por

crimes ambientais na prática de sua atividade empresarial, o faz em busca da maximização de seu resultado, ou seja, do aumento de sua lucratividade. Ao assumir que o agente possui todos as informações em atenção ao custo de seu delito (valores de multas ambientais, *modus operandi* dos agentes públicos na fiscalização, custos da corrupção), conseqüentemente mensura o *beneficio* em manter sua atividade criminosa. Ou seja, torna-se mais vantajoso o cometimento do delito e maximização de seus lucros, absorvendo o risco de ser pego em sua empreitada criminosa, do que promover as medidas necessárias para adequação de sua atividade empresarial. O benefício esperado com a maximização de resultados é maior que seu custo. Como se verá nos capítulos seguintes, através da metodologia da AED levantam-se os questionamentos: as multas se apresentam como um modo de dissuasão eficiente nos crimes de cunho econômico ou uma sanção penal diversa pode modificar o comportamento do agente no cometimento deste delito?

Portanto, a utilização dessa metodologia está baseada na análise dos fenômenos jurídicos e como estes levam o agente a optar por uma conduta que melhor atenda seus interesses, levando em consideração o custo-benefício de seus atos. Assim, afirma *Mauricio Bittencourt*, “as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as conseqüências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a estes incentivos”⁹⁶. A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja, é randômico)⁹⁷.

diante.” Em SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 28.

⁹⁶ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29.

⁹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 30.

Nesse aspecto, os economistas apresentam variáveis e possibilidades matemáticas para análise de um custo-benefício. Não dispersando do objeto desta pesquisa, foca-se estritamente nas sanções penais existentes no Brasil e de como a análise de condutas maximizadoras podem ser importantes para entender a dinâmica das penas e o benefício esperado pela sociedade. Todos os custos e benefícios das penas devem ser analisados para que se permita concluir as quais são economicamente viáveis em um cenário de racionalidade e eficiência.

1.1.5 Princípio da eficiência

De plano, assume-se que os economistas possuem várias definições distintas de eficiência. Portanto, pode-se adotar um conceito geral para, com base em *Robert Cooter e Thomas Ulen*, delimitar o entendimento. Os autores afirmam que se fala que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos⁹⁸. Os autores continuam no sentido que sempre que se comenta sobre eficiência, as pessoas entendem estar o interlocutor falando sobre lucros. Com isso, os advogados podem utilizar da eficiência para ajudar os legisladores a fazer melhores leis⁹⁹.

A partir desse início, eficiência é tida como a aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob

⁹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 38.

⁹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 26.

qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos¹⁰⁰. O termo *eficiência*, mostra Bruno Salama, diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização de custos sociais. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos¹⁰¹.

Buscando atrair o conceito para sua aplicação no direito, a eficiência busca a otimização entre o custo-benefício, ou seja, a decisão do agente será eficiente quando assegurar o maior retorno possível em atenção aos custos envolvidos¹⁰². Logo, uma empresa que maximize seu objetivo com o emprego de menos recursos possíveis é uma empresa eficiente. Uma sanção penal que promova a dissuasão da prática delituosa com o menor emprego de recursos, torna-se uma pena eficiente. Do ponto de vista normativo, o direito pode gerar resultados de relações socioeconômicas eficientes, além de outros produtos eficientes, sendo a eficiência como um critério geral para aferir se uma norma jurídica é desejável ou não¹⁰³.

O padrão de comportamento da coletividade se depreende da idéia de equilíbrio das interações dos agentes individuais. Como o equilíbrio decorre da livre interação dos agentes até que todas as possibilidades de trocas benéficas se esgotem, diz-se que um mercado em equilíbrio tem uma propriedade socialmente valiosa: o seu resultado eliminou todos os desperdícios, ou seja, é eficiente¹⁰⁴. *Equilíbrios*,

¹⁰⁰ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 83.

¹⁰¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *op. cit.*, p. 35.

¹⁰² Neste sentido: “*The economic analysis of law shares with other branches of economics the principle of rational maximization under conditions of scarcity, and the premise that rational maximizers react to incentives. In the contexts that are of interest to the law, such rational maximizers may consist of potential tortfeasors, potential criminals, litigating parties, prosecutors, and even potential victims.*” Em FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰³ BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social. In: **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan./Jun. 2016, p. 29.

¹⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.* p. 23.

portanto, podem ser definidos como *eficiência*¹⁰⁵. Neste passo, emerge o conceito de eficiência de Pareto.

1.1.5.1 A eficiência de Vilfredo Pareto

A utilização do método da Análise Econômica do Direito para análise e discussão acerca das sanções penais existentes do Brasil tem seu foco na ferramenta do equilíbrio, ou seja, a eficiência sob a ótica do melhor resultado sem o prejuízo da parte adversa. Adiante, será revelado que dentro o rol de sanções penais dispostas no Código Penal Brasileiro há aquelas que se amoldam em um conceito de eficiência, promovendo sua função com a menor alocação de recursos disponíveis.

Vilfredo Frederico Damaso Pareto foi engenheiro, advogado e economista franco-italiano que escreveu a obra “Curso de Economia Política” (Cours d'Économie Politique), no qual expôs o “*Ótimo de*

¹⁰⁵ Conquanto não sejam objeto desta pesquisa, duas definições econômicas para a eficiência devem ser explicitadas. A primeira é a eficiência de *Kaldor-Hicks*. Neste conceito, busca-se que a maioria se beneficie com determinada medida e que possa haver agentes que saiam perdendo. Em TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.*, p. 328. Ainda, que “apresenta situações eficientes mesmo com a presença de alguns prejuízos para alguns dos envolvidos, desde que o indivíduo cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensado para manter o seu nível de satisfação.” Em SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. **A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito**. Revista Justiça do Direito. v. 30, n. 2, p. 210-226, maio/ago. 2016, p. 220 p. 17. Martinho Botelho aduz que “existe o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, por meio do qual se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social” Em BOTELHO, Martinho Martins. *op. cit.*, p. 31. A segunda, trazida por Richard Posner, apresenta o conceito de eficiência ligado com a maximização da riqueza, com estreito relacionamento com a base monetária. Conforme Bruno Salama, “(i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado”. Em SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f/>. Acesso em: 13.08.2018, p. 21.

Pareto”. Em linhas gerais, em uma situação econômica há um agente que “ganha” e outro agente que “perde”, necessariamente. Encontra-se o ponto “ótimo” quando não for possível melhorar a condição do agente sem diminuir ou degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Assim, temos a eficiência no sentido *Pareto-eficiente*, onde haveria uma melhoria de Pareto quando, ao menos, um agente auferisse ganhos sem que outros apresentassem perdas¹⁰⁶.

Vilfredo Pareto considerou que a situação é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior¹⁰⁷. O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes, de modo que alguns fiquem em situação melhor sem que haja piora na situação dos outros agentes, temos uma *melhoria de Pareto*. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor ou pelo menos igual, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de Pareto¹⁰⁸.

Nas palavras de *Vilfredo Pareto*, “*se existe um ponto em que um atalho percorrido pelos indivíduos que contratam é tangente às curvas de indiferença desses indivíduos, este é o ponto de equilíbrio*”¹⁰⁹. Exemplificando, pode-se pegar as informações sobre os gostos do consumidor e sobre a restrição de consumo dada pela restrição orçamentária a fim de mostrar que a combinação de x e y maximize a utilidade do consumidor. O pacote ótimo do consumidor é mostrado como o ponto M, que contém x^* e y^* . Logo, de todas as combinações

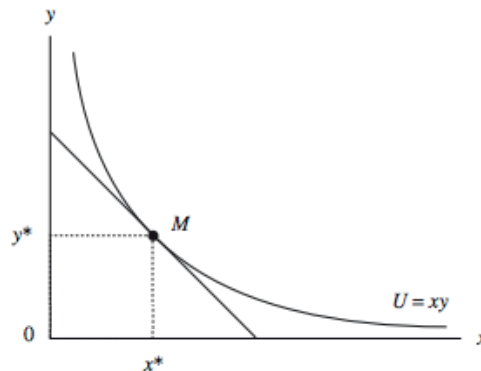
¹⁰⁶ BOTELHO, Martinho Martins. *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *op. cit.* p. 79.

¹⁰⁸ TABAK, Benjamin Miranda. *op. cit.*, p. 324.

¹⁰⁹ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 102.

viáveis de x e y , a combinação da figura abaixo é a que proporcionada a maior utilidade¹¹⁰.



Fonte: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 45

O exemplo acima explicita o modo como *Vilfredo Pareto* determinou um ponto “ótimo” através de suas análises matemáticas. Contudo, *Pareto* advertiu que seu objetivo é unicamente identificar as uniformidades dos fenômenos, sem com isso carregar as escolhas individuais ou coletivas de qualquer juízo de valor: bom, ruim, justo, injusto, certo ou errado. Este raciocínio sugere que podemos encontrar inúmeras situações *ótimas*¹¹¹ inclusive adentrando no campo do direito – como já largamente estudado na área de contratos. O desafio nesta investigação é atribuir às sanções penais um desenho eficiente, nos ditames de Pareto.

¹¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 45.

¹¹¹ Cf. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39.

1.1.5.2 Vantagens do método de Pareto

As vantagens na utilização da eficiência de Pareto podem ser reconhecidas como um instrumental útil na AED. A vantagem do emprego desta ferramenta é que ela permite comparar distintas atribuições dos recursos sobre a base da utilidade individual, proporcionando ao analista verificar o nível de satisfação que o indivíduo obtém através de diferentes modelos de alocação econômica, sem haver a necessidade de formulação de cálculos para verificação da sua utilidade. Em outras palavras, *Pareto* apresenta um pensamento típico utilitarista¹¹². *Pierluigi Chiassoni* afirma ser necessário assumir algumas premissas quando do uso instrumental da eficiência de Pareto:

1. Sob o ponto de vista do indivíduo, que estes sempre preferem dispor de um conjunto de recursos mais amplo, ou seja, utilizarão de suas preferências e recursos disponíveis para a busca da maximização;

2. Sob o ponto de vista normativo, pode-se pensar em incrementos normativos *ótimos*, na medida em que se promove a maximização da utilidade de todas as partes interessadas, ou, ao menos, aumentar o bem-estar de uma parte envolvida sem prejuízo de outra¹¹³.

A Economia tem critérios para julgar a conveniência de comportamento ou políticas de uma perspectiva social. Um deles é a otimização (eficiência) de Pareto. Diz-se que uma sociedade está em um estado “ótimo de Pareto” se os recursos são distribuídos entre os

¹¹² “A economia do bem-estar tradicional é fortemente ancorada ao utilitarismo e ao ótimo de Pareto. De acordo com o pensamento utilitarista tradicional, o bem-estar dos indivíduos é obtido quando cada um, individualmente, maximiza a própria utilidade, e o bem-estar social é resultante da maximização da soma das utilidades individuais”. Em NEUBERGER, Daniele; MARIN, Solange Regina. **Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de “eficiência” e “equidade”**. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/view/1510/1433>>. Acesso em 16.08.2018.

¹¹³ CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 234.

membros dessa sociedade de tal forma que nenhuma redistribuição de recursos pode melhorar um membro sem piorar outro membro. O conceito de otimização/eficiência de Pareto é útil porque permite comparações limitadas entre diferentes estados da sociedade, sem a necessidade de comparações interpessoais de utilidade. Se a sociedade não está em um estado ótimo de Pareto e algumas mudanças podem ser feitas para melhorar o nível de um membro sem prejudicar ninguém, há um forte argumento normativo para fazer essa mudança¹¹⁴.

A eficiência de Pareto pode proporcionar um modo de pensamento que remete na melhora da legislação a partir de uma perspectiva integradora e, em certo sentido, educativa a partir do conceito de bem-estar social¹¹⁵. Se o legislador tem pleno conhecimento efetivo e completo das preferências e utilidades que levam o agente na incidência de condutas proibidas, a confecção de normas e suas sanções penais podem apresentar medida de eficiência, quando se entende seus custos e benefícios, bem como no momento em que se racionaliza a real eficácia de sua aplicação na dissuasão da prática criminosa.

1.1.6 É possível pensar no Ótimo de Pareto no Direito Penal?

Com estes pressupostos, surge a hipótese de como a AED pode apresentar benefícios derivados de práticas normativas legalmente *ótimas*, como por exemplo, no enfrentamento aos crimes econômicos. Uma sanção penal que desmotive o agente na realização de condutas ilícitas, utilizando os escassos recursos disponíveis do Estado pode se apresentar como uma penalidade *ótima*.

¹¹⁴ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. *op. cit.*, p. 06.

¹¹⁵ IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. *op. cit.*, p. 146.

Em vista disto, há de se buscar também um nível ótimo de sanção penal destinada ao agente que comete delitos econômicos, por exemplo. Se a pena aplicada possui sua função de punição por uma conduta não permitida sem piorar a condição do réu (penas alternativas, afastando-se o cárcere) e que este sinta-se dissuadido na prática futura de delitos, desponta, assim, um ponto ótimo da aplicação de sanções penais. Assim sendo, podemos estender o equilíbrio de Pareto para análise do que pode ser entendida como uma sanção penal *ótima*.

A possibilidade da utilização da eficiência de Pareto no Direito Penal e em especial nas sanções penais, se mostra importante para a busca do entendimento do equilíbrio dos custos da prática criminosa: o prejuízo social causado pelo crime e os recursos utilizados para a punição do ofensor. Foca-se, aqui, nesta última. A punição pode ser equilibrada com os níveis de dissuasão e prevenção da atividade proibida. Assim sendo, uma sanção penal alternativa para crimes econômicos pode ser mais eficiente que o cárcere. Retirar de um empresário o seu direito de voto em uma assembleia de acionistas, por exemplo, pode incutir maior efeito de dissuasão do que a privação de liberdade.

A aplicação da eficiência econômica ao direito penal é útil em dois papéis diferentes. Em primeiro lugar, juntamente com a suposição de racionalidade, ele tem um papel positivo, propondo uma explicação do comportamento real dos indivíduos e da estrutura das normas legais. O segundo papel refere-se à uma análise normativa, sugerindo como regras e instituições poderiam ser melhoradas – neste caso, a implementação de sanções penais.

Notadamente, é necessário aprofundar o laço entre o Direito Penal e os pressupostos econômicos como forma de composição dos fundamentos para uma *sanção penal em nível ótimo*.

2

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL

Não se nega que trabalhar com a aplicação de preceitos econômicos no campo do Direito Penal¹¹⁶ seja uma tarefa controversa, mesmo em tempos de busca de sanções penais que atendam ao *custo-benefício* de sua aplicação. *Talia Fischer*, pensando desta forma, aponta que as noções de racionalidade, maximização da utilidade ou eficiência parecem muitas delas estranhas à esfera criminal, comumente associadas a questões de culpabilidade moral, justiça, justiça e retribuição¹¹⁷.

A conexão íntima entre a Análise Econômica e o Direito Penal está profundamente enraizada no conceito de utilitarismo já há muito foi utilizado por *Cesare Beccaria* (Dos delitos e das penas, 1764) e *Jeremy Bentham* (The rationale of punishment, 1830).

Cesare Beccaria estabeleceu a justificativa da punição penal e de seus limites. Em sua obra, assumiu que as pessoas são criaturas racionais que buscam promover seus prazeres e argumenta que tal avanço de utilidades individuais pode implicar atos que prejudicam os outros, e que, como resultado, o estado natural do homem é o de uma guerra interminável. A fim de escapar de tal estado de guerra e desfrutar pacificamente da liberdade residual, os homens estariam dispostos a sacrificar alguma da sua liberdade.

O Direito Penal e a punição são os meios para defender o reservatório de paz e liberdade. Essas instituições são necessárias para controlar os atos desviantes que um indivíduo com livre-arbítrio e pensamento racional pode empregar, buscando utilidade pessoal e prazer. Em análise de sua obra, verifica-se o descontentamento de

¹¹⁶ O Direito Penal, na visão de Alon Harel: “*Criminal law is designed to deter anti-social behavior. Although of course not all anti-social behavior is criminal, it seems that only anti-social behavior ought to be criminalized. (...) the traditional economic analysis of criminal law is primarily a normative analysis. Criminal law under this view is designed to minimize the sum of the expected costs of crime and enforcement (or, more generally, precautions against crime).*” Em HAREL, Alon. Economic Analysis of Criminal Law: A Survey. In: **Research Handbook on the Economics of Criminal Law**. 2012, p. 12 e ss.

¹¹⁷ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 40.

Beccaria com a falta de eficiência das legislações penais e, de certo modo, com a finalidade das penas. Nas palavras de *Beccaria*, “*abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, na maioria das vezes, mais que instrumentos de paixões da minoria, ou produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria*”¹¹⁸.

Cesare Beccaria destacou que a punição desempenha um papel instrumental de dissuasão, e não uma função retributiva. Os castigos, assinala o autor, têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime¹¹⁹.

O autor italiano enfatizou o papel da certeza em dissuadir potenciais transgressores da lei, e desenha os limites das punições e os limites dos meios para infligir punição. Seu princípio de proporcionalidade é baseado na análise de *custo-benefício*: para cumprir sua função de dissuasão, as punições devem ser estabelecidas logo acima do prazer derivado de cometer o ato desviante. Qualquer castigo que supere o necessário para dissuadir os indivíduos de cometer atos proibidos seria considerado injusto. *Beccaria*, assim, apresentou os contornos iniciais da Análise Econômica do crime e das penas. Em suas palavras, “*Para que um castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda de vantagens que o crime devia produzir*”¹²⁰.

¹¹⁸ BECCARIA, Cesare. *op. cit.* p. 20.

¹¹⁹ BECCARIA, Cesare. *op. cit.* p. 53.

¹²⁰ BECCARIA, Cesare. *op. cit.* p. 54.

Por sua vez, *Jeremy Bentham* explicou a teoria da punição de Beccaria, vinculando os princípios penais que Beccaria havia descrito - *de dissuasão, proporcionalidade e certeza* - à noção de utilidade. A teoria de Bentham foi baseada em uma concepção hedonista da humanidade. Em suas palavras, “*a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos, dor e prazer. Cabe somente a eles apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que devemos fazer*”¹²¹. Da soberania dos mestres da dor e do prazer, Bentham extrai o princípio da utilidade, segundo o qual “*é a maior felicidade do maior número que é a medida do certo e do errado*”¹²².

Na visão de *Bentham*, toda atividade humana pode ser conceituada como a promoção da felicidade e do prazer, bem como evitar a dor. À luz de seus desejos de prazer adicional e de evitar a dor, as pessoas calculam os prazeres e dores associados a qualquer curso de ação antes de decidir se devem se envolver nela. Com esse entendimento, pode-se aplicar a ideia do autor na seara criminal. A punição criminal, para *Bentham*, é uma categoria específica de dor, derivada de um ato criminoso, e o “*lucro do crime é a força que leva o homem à delinquência*”¹²³. Se o benefício derivado do crime é maior do que a punição, o crime será cometido e vice-versa. O fato do cometimento de crimes para Bentham ser um reflexo das tendências utilitárias implica na atribuição de racionalidade tanto na escolha quanto na evitação da atividade criminosa. E uma vez que, para Bentham, a punição é uma categoria de dor, ela só deve ser imposta quando resultar em maior felicidade geral¹²⁴.

Depois de estabelecer esses fundamentos, *Bentham* prosseguiu com cuidado para examinar como os indivíduos se comportariam diante dos incentivos da lei criminal e avaliaram esses resultados à luz

¹²¹ BENTHAM, Jeremy. **The Rationale of Punishment**. London: Robert Heward, 1830, p. 19.

¹²² Em FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 44.

¹²³ BENTHAM, Jeremy. *op. cit.*, p. 22.

¹²⁴ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 45.

do princípio da utilidade. Nas palavras de *Jeremy Bentham*, “quando enfraquece a conexão entre os delitos e as penas, fomentam, em proporção, os delitos, porque o efeito é uma recompensa em favor destes, pois, aumentando as forças que estimulam o crime, ou diminuindo a influência dos motivos que afastam dele, o resultado será o mesmo”¹²⁵.

O trabalho de *Bentham* contém uma especificação detalhada da tradução do princípio da utilidade na esfera criminal, bem como em diretrizes para a punição eficiente. Semelhante à teoria utilitarista na ética, sua teoria utilitarista de punição criminal justifica a imposição de punição apenas para produzir consequências desejáveis, dissuadindo especificamente o infrator de cometer atos semelhantes no futuro (dissuasão individual) e dissuadindo outros infratores em potencial de se envolverem em tais comportamentos (dissuasão geral – *que pode-se, claramente, ser entendida como prevenção geral negativa enquanto finalidade da pena*)¹²⁶.

A Análise Econômica do Direito Penal começou em um plano muito elevado nos séculos XVIII e XIX com o trabalho de *Cesare Beccaria* e *Jeremy Bentham*, mas seu renascimento nos tempos modernos data apenas de 1968, quando da publicação do artigo de *Gary Becker* sobre a economia do crime e punição (*Crime and punishment: An economic approach*)¹²⁷. Sobreveio então um desdobramento e uma nova maneira de se pensar o crime, o criminoso e as punições pela prática de delitos. Desde então, tem havido uma expansão do trabalho econômico sobre o direito penal, concentrada nas seguintes áreas: a troca ideal entre a certeza e a severidade da punição; as propriedades econômicas comparativas das multas e a prisão; a economia do direito em execução e processo penal e, acima de tudo, os efeitos dissuasivos e preventivos da punição penal (incluindo a pena de morte)¹²⁸.

¹²⁵ BENTHAM, Jeremy. **As recompensas em matéria penal**. São Paulo: Rideel, 2007, p. 51.

¹²⁶ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁷ O artigo de Gary Becker será abordado nos tópicos seguintes.

¹²⁸ POSNER, Richard Allen. **An Economic Theory of Criminal Law**. 85 Columbia Law Review, 1985. p. 1193.

A Análise Econômica do Direito Penal refere-se à aplicação do raciocínio econômico às normas e instituições penais. De acordo com os contornos gerais da análise econômica e com o princípio da maximização racional, a abordagem econômica do direito penal pressupõe que os infratores sejam agentes racionais que buscam maximizar suas utilidades no contexto criminal. Assim, eles comparam os custos esperados da atividade criminal com os benefícios esperados e se engajam na atividade criminal quando a última supera a primeira. Os benefícios esperados incluem os ganhos derivados da atividade criminosa: seja tangível (o bem roubado) ou intangível (a dor e o sofrimento da vítima). Os custos do ato criminoso incluem os recursos gastos para cometer o crime (por exemplo, ferramentas de roubo), os custos de evitar apreensão (por exemplo, compra de artefatos, destruição de provas), custos de oportunidade e, mais importante, os custos esperados da punição penal. O foco principal da lei criminal está neste último custo. A lei criminal tenta aumentar o custo esperado da atividade ilícita, através da imposição da punição esperada. Ao definir a punição esperada (custo) no nível ideal de gravidade, o infrator em potencial será dissuadido de cometer o crime¹²⁹.

A Economia trata o direito penal como um dos mecanismos para controlar atividades potencialmente prejudiciais. O Direito Penal concorre com alternativas como o direito civil, o direito administrativo, a cooperação privada e os impostos especiais de consumo como meio de ajudar a impedir essas atividades e apenas as atividades que impõem custos sociais que excedem seus benefícios sociais¹³⁰. O critério básico

¹²⁹ Cf. FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁰ Sobre o Direito Penal e sua subsidiariedade, concorre para este entendimento Claus Roxin, que enumera três alternativas para a pena criminal: “A primeira consiste em pretensões de indenização de direito civil, que, especialmente em violações de contrato, bastam para regular os prejuízos. A segunda alternativa são medidas de direito público, que podem comumente garantir mais segurança que o direito penal em casos, por exemplo, de eventos e atividades perigosas: controles, determinações de segurança, revogações de autorizações e permissões, proibições e mesmo fechamento de empresas. A terceira possibilidade de descriminalização está em atribuir ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções

é que, dada a estrutura dos custos e *benefícios*, o direito penal é usado se permitir que a sociedade se aproxime de um *nível socialmente ótimo* de atividade prejudicial. O domínio apropriado para o uso do direito penal é, portanto, determinado de forma pragmática pelos custos e benefícios do uso de ferramentas do direito penal em relação àquelas do uso de instrumentos não criminais¹³¹.

O modelo econômico do Direito Penal concentra-se não apenas na escolha de indivíduos e em suas capacidades como potenciais infratores, mas também em outra faceta dessa análise que se relaciona com as instituições da justiça criminal: a dissuasão e a prevenção do crime não são gratuitas. Eles dependem dos recursos de investimento do Estado para apreender os malfeitores (os custos do policiamento e do processo) e impor punições a esses infratores (os custos da prisão). Assim como os infratores potenciais procuram maximizar suas utilidades, sujeitas às restrições impostas a eles, o Estado também busca maximizar sua utilidade. E, à luz dos custos associados à aplicação da lei, a função de utilidade do Estado pode ser formulada de forma a minimizar os custos gerais esperados do crime e da prevenção do crime (para alcançar a dissuasão *ótima* - e não *máxima*). Em outras palavras, de acordo com a Análise Econômica do Direito Penal, o objetivo do aparato de lei criminal não é eliminar completamente o crime - não é impedir completamente que os indivíduos se envolvam em atividades criminosas -, mas sim alcançar um *nível* ótimo de crime e dissuasão¹³².

Como destaca Isaac Ehrlich, “os autores de delitos respondem a incentivos, quer positivos, quer negativos, e que o volume efetivo de delitos em relação à população é influenciado pela afetação de recursos públicos e privados à repressão penal e a outros meios de especial, que preveja sanções pecuniárias ao invés da penal.” Em ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 52.

¹³¹ Cf. BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. **The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications**. Journal of Law and Society, Vol. 35, Issue 3, pp. 389-416, September 2008, p. 400.

¹³² FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 41.

*prevenção criminal. Não é necessário que todos aqueles que cometem delitos específicos respondam a incentivos; é suficiente que um número significativo de potenciais autores de delitos se comporte marginalmente de tal modo*¹³³”.

No contexto do crime, o indivíduo deve decidir se o tempo gasto em atividades criminais ou não-criminosas trará o máximo de utilidade. Essa decisão dependerá das oportunidades criminais e não-criminosas do indivíduo e das preferências do indivíduo em relação a essas oportunidades. Todas as outras coisas sendo iguais, uma pessoa decidirá se envolver em crime se suas oportunidades criminais forem suficientemente remuneradas em comparação com suas oportunidades não-criminais, ou se a pessoa tiver um desgosto suficientemente baixo para atividades criminosas. A sociedade pode desencorajar comportamentos criminosos usando penalidades e subsídios para moldar oportunidades individuais em favor de uma decisão não-criminosa, ou usando punições, recompensas ou educação para moldar preferências em favor de um comportamento não-criminal. Em termos das teorias tradicionais de punição criminal, políticas que diminuem a remuneração esperada do crime ou o gosto do indivíduo pelo crime são apresentadas para deter a atividade criminosa, considerando aquelas atividades que aumentam a remuneração esperada de atividades não criminosas ou do gosto do indivíduo para atividades não-criminais são moldadas para reabilitar o indivíduo¹³⁴.

Steven Levitt e Thomas Miles identificam quatro características que distinguem o estudo da Análise Econômica do Crime de outras ciências sociais. Essas características são elencadas da seguinte forma:

a) Uma ênfase no papel que os incentivos têm ou podem ter no comportamento dos indivíduos (sejam criminosos, vítimas ou forças da ordem e autoridades judiciais), partindo do pressuposto teórico de

¹³³ EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment and the Market for Offenses**. The Journal of Economics Perspectives. Vol. 10, n. 01, 1996, p. 44.

¹³⁴ Cf. DAU-SCHMIDT, Kenneth G. *op. cit.*, p. 05.

que todos estes (também) têm como objetivo principal a maximização de utilidades dentro de um contexto de limitações que lhes é imposto;

b) O uso de instrumentos econométricos (ferramentas matemáticas e métodos estatísticos) como forma de distinção de casos de correlação de casos de causalidade em ambientes não-experimentais;

c) Uma ênfase em políticas públicas e nas suas implicações, em detrimento da avaliação de intervenções de pequena escala. Aqui, pode-se pensar em sanções penais com grande viés de prevenção geral com o molde dissuasório;

d) O uso da chamada análise custo-benefício como principal medida de avaliação da eficácia contra o crime e na aplicação de consequências jurídicas ao delito¹³⁵.

Sobre esta última característica, os autores determinam que é plenamente possível o uso de análise de custo-benefício na abordagem econômica do crime. Na teoria econômica, um critério normativo amplamente utilizado é a eficiência de Pareto. Na prática, os economistas normalmente avaliam a conveniência de um programa social ou investimentos pesando seus custos e benefícios em relação a outras alternativas. Essas comparações envolvem necessariamente contrafactuais ou previsões dos resultados que seriam alcançados sob a alternativa, e o que é especialmente útil para fazer essas previsões são as estimativas causais discutíveis fornecidas pela análise econômica empírica. Além disso, as comparações de custo-benefício expressam as muitas dimensões de uma decisão em uma única métrica de preço ou dinheiro. A ideia de uma unidade comum de medição tem seus limites; até mesmo muitos economistas resistiriam à noção de que todos os valores humanos podem ser reduzidos a equivalentes monetários. Apesar dessas limitações, a análise de custo-benefício fornece um critério normativo coerente que é especialmente apropriado no contexto

¹³⁵ LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. Economic Contributions to the Understanding of Crime. In: **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 2, 2006, p. 147-148.

do controle do crime, onde o menu de alternativas de políticas é extenso e centenas de milhões são gastos¹³⁶. Por estes motivos, a análise do custo-benefício e a eficiência de Pareto são os ferramentais escolhidos para a investigação nesta pesquisa.

Entretanto, não há como se furtar do questionamento: **o que é crime na visão da Economia?**

Na análise econômica, o crime¹³⁷ pode ser caracterizado como uma externalidade. Uma externalidade¹³⁸ é uma ação ou atividade pela qual uma pessoa realiza suas preferências, apesar do fato de outras pessoas terem preferências incompatíveis, e essa incompatibilidade não é acomodada através do mercado. Por causa da incompatibilidade nas preferências, a pessoa que realiza a atividade impõe custos nas pessoas que ela afeta que têm preferências incompatíveis. Esses custos podem ser distributivos em termos de frustração das preferências das pessoas afetadas, ou alocacionais em termos do custo das medidas de precaução que eles adotam para evitar os efeitos da atividade¹³⁹. Essencialmente, destaca *Alvin Klevorick*, as explicações econômicas para as externalidades criminais dizem esses atos são caracterizados como crimes se o agente tentar estabelecer condições sob as quais uma

¹³⁶ LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J., *op. cit.*, p. 149.

¹³⁷ “A persistência das atividades ilegais através da história da humanidade desde sempre atraiu os economistas. Por exemplo, Adam Smith observou que o crime e a demanda por proteção do crime foram motivados pelo acúmulo de propriedades. William Paley buscou aprofundar-se na análise dos fatores responsáveis pelas diferenças entre as atuais magnitudes da probabilidade e severidade das sanções para os diferentes crimes. Por sua vez, Jeremy Bentham, o pai do utilitarismo, focou considerável atenção nos cálculos entre o comportamento criminoso e a resposta ótima das autoridades legais”. Em EHRlich, Isaac. *op. cit.*, p. 43.

¹³⁸ “Numa perspectiva econômica, todo o crime pode ser definido como um tipo especial de “externalidade”, uma vez que consiste numa actividade pela qual um agente concretiza as suas preferências, independentemente de outros agentes afectados por esse comportamento terem preferências incompatíveis e de essa incompatibilidade não ter sido resolvida através de uma transacção no mercado” Em PATRÍCIO, Miguel. Análise Económica do Crime: Uma breve introdução. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 01, nº 01, p. 157-166, 2005, p. 159-160.

¹³⁹ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. *op. cit.*, p. 08.

transferência de direitos ocorrerá e essas condições não estão de acordo com as que a sociedade estipulou. A sociedade se recusa a aceitar os esforços do agente para redefinir os termos da transferência.¹⁴⁰

Neste caminho, *Richard Posner* ressalta que a principal função do direito penal em uma sociedade capitalista é evitar que as pessoas contornem o sistema de troca voluntária e compensada - o “mercado”, situações explícitas ou implícitas em que, porque os custos de transação são baixos, o mercado é um método mais eficiente de alocar recursos do que a troca forçada. Grande parte desse desvio no mercado não pode ser dissuadido pela lei de responsabilidade civil - isto é, por ações judiciais de execução privada. Os danos *ótimos* que seriam necessários para a dissuasão excedem tão freqüentemente a capacidade do defensor de pagar a execução pública e são necessárias sanções não monetárias, como a prisão¹⁴¹.

Nesta perspectiva criminal, a preocupação consiste em descobrir como manipular os custos sociais de forma a influenciar a atuação criminosa para os objetivos buscados, tanto por intermédio da política e segurança, da legislação criminal e da solução de casos concretos. Neste contexto, trata-se de um modelo diferenciado de se pensar a ação criminosa dentro de um contexto social e econômico – pensar em um agente que busca maximizar sua lucratividade, racionalizando custos e melhor compreensão da violência e, a partir deste novo ferramental, buscar soluções novas. Já se sabe que a lógica *mais-pena-menos-crime* não é verdadeira em algumas ações delituosas¹⁴².

¹⁴⁰ KLEVORICK, Alvin K., **Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes**. Faculty Scholarship Series. Paper 1462, 1985, p. 907.

¹⁴¹ POSNER, Richard Allen. **An Economic Theory of Criminal Law**, p. 1195.

¹⁴² OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: **Direito Penal e Economia**. BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012, p. 117.

Os agentes que praticam delitos não são movidos exclusivamente pelo critério da gravidade da sanção penal: eles fazem seus julgamentos com fundamento na oportunidade, na conveniência, na necessidade, no custo-benefício e a partir de outras condições pessoais. Ademais, a noção de “preço a ser pago” não corresponde unicamente à pena a ser infligida, mas às próprias fases iniciais da persecução, ao processo, às consequências sociais que atingem o pretense réu e sua família, ao posterior retorno ao meio social, à necessidade de ser um foragido do Estado, etc¹⁴³.

Uma das características dissociativas da análise econômica do direito penal - em comparação com as tradicionais abordagens retributivistas¹⁴⁴ do direito penal - é seu foco na dissuasão, nos fins sociais que são promovidos pela imposição da punição, e não na retribuição e culpabilidade moral¹⁴⁵. A análise econômica do direito

¹⁴³ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁴ Neste sentido: “*The traditional criminal law theory was premised upon retributivist thought with Kant’s theory placed at its center. A principal element of retributivism is that the sole justification for punishment is the existence of guilt. Punishment cannot be administered in order to promote another good—whether relating to society at large or even to the offender herself. Under retributivist thought, people ought not to be treated as a means subservient to the purpose of others and imposing punishment upon an individual for the furthering of some greater good—such as deterring others from committing the crime—amounts to such objectification.*” Em FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁵ “A concepção de justiça, em Immanuel KANT, bem como sua distinção entre direito positivo e obrigação moral, fogem do terreno empírico para serem buscados na “razão pura”: é por ela que devem os sujeitos agir e interagir, tratando-se do delito de uma forma de inversão do dever moral fundado na obrigação da reciprocidade. A pena, justifica-se por si mesma, como imperativo categórico, inevitavelmente conexa à violação de um dever universal, e assim sem possibilidade de ser substituída, independentemente de suas consequências.” Em GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: A censura pra além da punição**. Florianópolis: Empório do direito Editora, 2015, p. 70. Neste sentido, Alon Harel: “*The classical criminal law doctrine is based on retributive values. The traditional legal theorist believes that the criminal law sanction ought to be imposed only on the guilty and that its severity ought to reflect the degree of wrongfulness of the act and the culpability of the actor. Furthermore some retributivists oppose the use of criminal law for the sake of deterrence, as*

penal e o argumento baseado na dissuasão para a punição penal remontam ao funcionamento dos fundadores do utilitarismo¹⁴⁶ e do instrumentalismo na teoria jurídica: *Thomas Hobbes, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham*. Desta maneira, pode-se pensar sob esta perspectiva: a Análise Econômica para o Direito Penal tem como um de seus pilares a busca de práticas de reprimendas penais que conquistem níveis ótimos de dissuasão.

2.1 Gary Becker: Pensador contemporâneo da *Criminal Law and Economics*

A aplicação da lógica utilitarista de *Jeremy Bentham*¹⁴⁷ ao crime e à punição permaneceu até o final da década de 1960, quando o interesse pela análise econômica da lei criminal surgiu seguindo os escritos seminais de *Gary Becker* sobre crime e aplicação da lei.

Ao contrário de *Bentham* e seus colegas pensadores utilitaristas, que enfatizavam a conceituação hedonista do sujeito humano, com as noções subjacentes de dor e prazer, Becker apresentou as noções econômicas de preferências e escolhas no centro de sua análise.¹⁴⁸

such a use violates the basic Kantian principle under which one ought not use a person as a means (not even as a means to deter crimes)". HAREL, Alon. *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁶ "As teorias de justificação da pena sob um prisma utilitarista se voltam mais ao futuro que ao passado, e mais ao autor que ao ato, constituindo discursos que buscam legitimar a pena como medida de prevenção geral ou especial, cada qual na forma positiva ou negativa, contrapondo-se nesse sentido às teorias retributivas." Em GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁷ "Traditional utilitarianism is based on the premise that criminal law is nothing but an incentive designed to deter future crimes; indeed, there are many similarities between the utilitarian analysis of criminal law envisioned by the utilitarian philosopher Jeremy Bentham and contemporary economic analysis". Em HAREL, Alon, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ HAREL, Alon. *op. cit.*, p. 11.

Em seu trabalho pioneiro - *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 1968 - Gary Becker fez a afirmação que “uma teoria útil do comportamento criminoso pode dispensar teorias especiais de anomia, inadequações psicológicas, ou herança de traços especiais, e simplesmente estender as habituais limitações do economista na análise de escolha”.¹⁴⁹

Com ousadia, Becker aplicou a teoria econômica e a análise de custo-benefício para levantar o questionamento: “*Quantos recursos e quanta punição devem ser usados para aplicar diferentes tipos de legislação? Coloquem equivalentemente, embora mais estranhamente, quantas ofensas devem ser permitidas e quantos infratores devem ficar impunes*”.¹⁵⁰

De forma provocativa, Becker expressou entendimento ímpar sobre o crime e o Direito Penal, afirmando que “*em primeiro lugar e acima de tudo, o objetivo principal de todos os procedimentos legais seria o mesmo: não punição ou dissuasão, mas simplesmente a avaliação do “dano” causado pelos réus. Grande parte do direito penal tradicional se tornaria um ramo da lei dos delitos, digamos, “ofensas sociais”, em que o público processaria coletivamente por danos “públicos”. Uma ação “criminosa” seria definida fundamentalmente não pela natureza da ação, mas pela incapacidade de uma pessoa para compensar o “dano” que causou. Assim, uma ação seria “criminal” precisamente porque resulta em “danos” descompensados para os outros. A lei criminal cobriria todas essas ações, enquanto a lei cobriria todas as outras ações (civis)*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.) **Essays in the economic of crime and punishment**. 1974, p. 02. No original: “*A useful theory of criminal behavior can dispense with special theories of anomie, psychological inadequacies, or inheritance of special traits and simply extend the economist’s usual analysis of choice.*”

¹⁵⁰ BECKER, Gary S., *op. cit.*, p. 02. No original: “*how many resources and how much punishment should be used to enforce different kinds of legislation? Put equivalently, although more strangely, how many offenses should be permitted and how many offenders should go unpunished.*”

¹⁵¹ No original: “*First and foremost, the primary aim of all legal proceedings would become*

O estudo de *Gary Becker* sobre a economia do crime foi a primeira tentativa sistemática de aplicar as ferramentas da teoria da escolha racional econômica e análise de *custo-benefício* no âmbito legal. *Becker* mostrou que o volume de crimes reflete a interação entre os indivíduos e a aplicação da lei. Começando com a perspectiva do indivíduo - do infrator em potencial - a premissa subjacente central do modelo, seguindo a teoria econômica da escolha racional, é que uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada dele superar o custo esperado do crime e qualquer utilidade alternativa de usando seu tempo e recursos em outras atividades legais ou ilegais¹⁵². Em outras palavras, afirmou *Becker*, as pessoas se envolvem em atividades criminosas não porque suas motivações básicas variam daquelas dos indivíduos respeitadores da lei, mas sim, devido a seus custos e benefícios diferenciais¹⁵³.

Para ilustrar o ponto de *Becker*, suponhamos que todos os infratores potenciais tenham um benefício de se engajar na atividade criminal (*b*), que inclui os benefícios materiais e imateriais do crime. O infrator enfrenta custos de atividades policiais, que são uma função da severidade da punição (*c*) e a probabilidade de sua imposição (*p*). Sob essas condições, os retornos líquidos esperados do indivíduo em relação ao crime são: $b - pc$. A decisão do infrator em potencial de cometer um crime é precedida da seguinte condição¹⁵⁴:

$$(b - pc) > 0$$

the same: not punishment or deterrence, but simply the assessment of the "harm" done by defendants. Much of the traditional criminal law would become a branch of the law of torts, say "social torts", in which the public would collectively sue for "public" harm. A "criminal" action would be defined fundamentally not by the nature of the action but by the inability of a person to compensate for the "harm" that he caused. Thus an action would be "criminal" precisely because it results in uncompensated "harm" to others. Criminal law would cover all such actions, while tort law would cover all other (civil) actions." Em BECKER, Gary S., *op. cit.*, p. 33.

¹⁵² "The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility he could get using his time and other resources at other activities." BECKER, Gary S., *op. cit.*, p. 09.

¹⁵³ Cf. BECKER, *op. cit.*, p. 09.

¹⁵⁴ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 46.

De acordo com a diferenciação padrão, a atividade criminosa aumenta à medida que aumenta e cai à medida que p ou c aumenta. O planejador social pode, assim, reduzir o crime, aumentando a probabilidade de impor punição (apreendendo e condenando o infrator), aumentando o escopo da punição (impondo uma multa maior ou uma sentença mais longa) ou reduzindo os benefícios da atividade criminosa. Em outras palavras, a quantidade de crimes na sociedade é determinada não apenas pela racionalidade e preferências dos infratores potenciais, mas também pelas decisões do planejador social - incluindo quanto gastar com apreensão e convicção e com o quão alto é definir punições para os criminosos. crimes diferentes (bem como quanto investir em educação, formação profissional e transporte para o aumento das oportunidades de emprego legal)¹⁵⁵.

Com base nesses prognósticos, *Becker*¹⁵⁶ construiu uma teoria econômica de aplicação *ótima*, argumentando que a lei criminal, a aplicação e a punição deveriam ser estruturadas de modo a minimizar os custos líquidos do crime e da prevenção do crime. Estes custos incluem o dano líquido causado pela atividade criminosa (que pode ser descrito como o dano à sociedade menos o benefício para o criminoso), os custos de apreensão e condenação, bem como os custos da punição. Se o dano líquido causado pela atividade criminosa não for maior que a soma total dos custos de apreensão e punição, o planejador social não deve criminalizar a atividade¹⁵⁷.

¹⁵⁵ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁶ Eu seu artigo, Gary Becker enumera cinco categorias relacionadas ao custo: a relação entre o número de crimes e seus custos; a relação entre o número de crimes e a devida punição; a relação entre o número de delitos, encarceramento e condenações e os gastos do Estado com a perseguição; o número de condenações e os custos das penas aplicadas; o número de crimes em relação os gastos privados com segurança. Em BECKER, Gary S., *op. cit.*, p. 05.

¹⁵⁷ Neste sentido: “*The optimal amount of enforcement is shown to depend on, among other things, the cost of catching and convicting offenders, the nature os punishments – for exemple, whether they fines or prision terms – and the responses of the offenders to change in enforcement.*” Em BECKER, Gary S., *op. cit.*, p. 02.

Em outras palavras, reconhecendo o agente como baixa as chances de ser descoberto e punido, da mesma maneira que, quanto menor a extensão da punição percebida, maiores as chances de o crime ser praticado. Economicamente falando, se o preço¹⁵⁸ a ser pago pelo crime for baixo, há um estímulo para o “consumo”¹⁵⁹. *Becker* ainda argumentou que os ofensores seriam desestimulados na atividade criminosa pelo (i) aumento da probabilidade de serem capturados e punidos e (ii) pelo aumento total da punição, se caso detidos, pois ambas as situações reduzem a utilidade esperada da atividade criminosa¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Há um ponto no pensamento de Becker que se mostra controverso quando da quantidade de pena à ser aplicada objetivando a dissuasão. Para o autor, a quantidade (severidade) da pena é uma variável importante em seus cálculos de dissuasão. Em sua opinião, tudo depende dos custos de aumentar o tamanho da sanção, por um lado, e a probabilidade de detecção, por outro. Normalmente, aumentar o tamanho da sanção é muito menos dispendioso do que aumentar a probabilidade de detecção. Assim, Becker faz uma proposta muito provocante: a eficiência exige a imposição de uma sanção muito severa com uma probabilidade muito baixa de detecção. Neste ponto, Becker defende multas severas aos infratores, fundamentando o princípio da *mais-pena-menos-crime*. Neste sentido: “*The social planner, in other words, can reduce crime-fighting costs, while keeping the expected punishment unchanged, by offsetting a cut in expenditures on apprehending offenders with a sufficient increase in the punishment of those convicted. The implication of Becker’s argument is that optimal sanctions are maximal in severity.*” Em FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 46. A assertiva também é citada por HAREL: “*In his seminal article, Gary Becker provides a simple and compelling answer to this question. In his view, it all depends on the costs of increasing the size of the sanction, on the one hand, and the probability of detection, on the other. Typically, increasing the size of the sanction is much less costly than increasing the probability of detection. Hence, Becker makes a very provocative proposal: efficiency requires the imposition of a very harsh sanction (e.g., capital punishment, administered by boiling the offender in oil, for parking offenses) with a very low probability of detection*”. Em HAREL, Alon. *op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁹ OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 119.

¹⁶⁰ PYLE, David J. **Cortando os custos do Crime: A Economia do Crime e da Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 25.

Em atenção ao trabalho de *Gary Becker*, nota-se que o indivíduo tem papel fundamental em sua teoria, demonstrando que o agente que decide cometer injustos penais típicos está engajado em maximizar seus benefícios, dispondo de um comportamento racional e direcionado ao seu bem-estar. Desta forma, tem-se que o ponto central é que a Economia pode prever certos comportamentos no sentido de haver certa presunção de como pessoas irão agir em determinadas circunstâncias.

Assumindo que as preferências individuais são constantes, os modelos de cálculos propostos por *Becker* podem ser usados para prever como as mudanças na probabilidade e gravidade das sanções e em vários fatores socioeconômicos podem afetar a quantidade de crimes. Mesmo que indivíduos que violem certas leis difiram sistematicamente daqueles que cumprem as mesmas leis, os primeiros, como os últimos, respondem a incentivos (ou seja, certeza/incerteza da punição e as sanções penais)¹⁶¹.

Sobre os comportamentos previsíveis e certas modificações através de incentivos, há um ramo da Análise Econômica do Direito Penal que se destaca por utilizar a Economia Comportamental na análise do Direito, o qual será exposto a seguir.

2.2. A Economia comportamental e sua perspectiva sobre o ofensor (Behaviour Law and Economics)

O estudo da *Behaviour Law and Economics* é o mais recente desenvolvimento intelectual que surgiu na análise econômica do direito penal. Usando ferramentas psicológicas (empíricas e experimentais)¹⁶²,

¹⁶¹ Cf. EIDE, Erling. *op. cit.*, p. 345.

¹⁶² Neste sentido: “A Análise econômica comportamental do direito é sobre trazer pesquisas recentes sobre comportamento e escolha em conjunto com a lei clássica e economia. Discussões

o direito e a economia comportamental¹⁶³ incorporam insights psicológicos na teoria da escolha racional e nos modelos econômicos, e examina os pressupostos subjacentes ao arquétipo do *homo economicus*, colocado no centro da análise econômica. A premissa central é que, na realidade, os indivíduos sofrem de vieses cognitivos¹⁶⁴ e muitas vezes divergem do comportamento racional exibindo racionalidade limitada, força de vontade limitada e interesse próprio limitado. Por exemplo, os indivíduos demonstram excesso de otimismo ao avaliar suas perspectivas ou capacidades ou no cometimento de crimes irracionais movidos por violenta emoção. Os desvios da escolha racional são ditos sistemáticos e, portanto, previsíveis (isto é, suscetíveis à modelagem). Espera-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito com essas percepções comportamentais melhore a qualidade das previsões e prescrições sobre o funcionamento da lei¹⁶⁵.

metodológicas sobre direito e economia têm estado presentes desde que o movimento começou a tomar forma no início dos anos 1960, sendo o comportamento racional de otimização parte da controvérsia. Nesse aspecto, a escola comportamental apresenta um desafio extremamente importante para o direito e a economia clássica. O desenvolvimento da economia experimental e da teoria da escolha possibilitou aos estudiosos do direito e da economia começarem a olhar para sua própria disciplina com novos insights.” Em GAROUPA, Nuno. Behavioral economic analysis of crime: a critical review. In: **European Journal of Law and Economics**, 15, 2003.

¹⁶³ Na definição de Alain Samson: “Podemos definir Economia Comportamental como o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas. A Economia Comportamental emprega principalmente a experimentação para desenvolver teorias sobre a tomada de decisão pelo ser humano. Segundo a EC, nem sempre as pessoas são egoístas, calculam o custo-benefício de suas ações e tem preferências estáveis. Mais ainda, muitas das nossas escolhas não resultam de uma deliberação cuidadosa. Somos influenciados por informações lembradas, sentimentos gerados de modo automático e estímulos salientes no ambiente.” Em SAMSON, Alain. Introdução à Economia comportamental e experimental. In: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. Flávia Ávila, Ana Maria Bianchi (orgs.), tradução Laura Teixeira Motta. 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 26.

¹⁶⁴ Para aprofundamento do tema, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: **Fundamentos del derecho penal de la Empresa**. 2 eds. cap. V, Madrid: Edisofer, 2016, p. 247-283.

¹⁶⁵ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 48.

Para identificar, de maneira geral, as características definidoras do direito comportamental e da economia, é útil entender as características definidoras do direito e da economia. Conforme já apresentado, essa abordagem da lei postula que as regras legais são mais bem analisadas e entendidas à luz dos princípios econômicos padrão. Gary Becker ofereceu uma descrição típica desses princípios: “*Todo comportamento humano pode ser visto como envolvendo participantes que (i) maximizam sua utilidade (ii) a partir de um conjunto estável de preferências e (iii) acumulam uma quantidade ideal de informações e outros insumos em uma variedade de mercados.*”¹⁶⁶ A tarefa do direito e da economia é determinar as implicações de tal comportamento maximizador racional dentro e fora dos mercados, e suas implicações legais para os mercados e outras instituições. Embora algumas das aplicações específicas de *Becker* da abordagem econômica possam ser consideradas contenciosas, essa abordagem geral subjaz a uma ampla gama de trabalhos na análise econômica da lei¹⁶⁷.

Em um contraponto à assertiva de *Becker*, mais especificamente no contexto do direito penal, a análise econômica comportamental desafia a representação de ofensores em potencial como maximizadores racionais de seus benefícios em relação a um fundo particular de aplicação da lei, e lida com a lacuna mencionada anteriormente entre a teoria da escolha racional e o processo decisório. Ele identifica como as suposições comportamentais relativas à racionalidade limitada podem afetar a dissuasão: por exemplo, ao contrário de outros tomadores de decisão, os criminosos em potencial também podem ser submetidos a um otimismo excessivo, o que reduz o efeito dissuasivo da punição.

¹⁶⁶ No original: “*At least three conflicting definitions of economics are still common. Economics is said to be study of (1) the allocation of material goods to satisfy material wants, (2) the market sector, and (3) the allocation of scarce means to satisfy competing ends.* Em BECKER, Gary S. **The Economic approach to human behaviour.** The University of Chicago Press, 1974, p. 03.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass Robert.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. **A Behavioral Approach to Law and Economics**, 50 *Stanford Law Review*, 1998, p. 1476.

Se os potenciais criminosos são sistematicamente excessivamente otimistas - isto é, se existe uma lacuna entre a probabilidade real de apreensão e sua estimativa subjetiva dessa probabilidade -, equalizar a punição objetivamente esperada com o custo do crime pode levar a uma dissuasão. Incorporar o viés do excesso de otimismo e outros desvios da representação *homo economicus* dos tomadores de decisão (se criminosos em potencial, agentes da lei ou vítimas) no modelo econômico abre caminho para o projeto de regras que levariam à dissuasão ideal sob condições do “mundo real” que envolvem “pessoas reais”¹⁶⁸.

Nesta mesma direção, *Sustein, Jolls e Thaler* afirmam que as pessoas exibem racionalidade limitada: elas sofrem de certos preconceitos, como o otimismo excessivo e concepções de justiça próprias; eles seguem heurísticas¹⁶⁹, como disponibilidade, que levam a erros; e eles se comportam de acordo com a teoria prospectiva¹⁷⁰ e

¹⁶⁸ FISCHER, Talia, *op. cit.*, p. 48-49.

¹⁶⁹ Pela análise da psicologia, heurística é uma regra em que o inconsciente reformula uma situação-problema e o altera para algo mais simplificado, o qual poderá ser resolvido facilmente, quase que automaticamente, ou seja, é uma espécie de artifício mental para facilitar as tomadas de decisões. Segundo Kahneman e Tversky, “*The biases with which we are concerned, like perceptual errors and illusions, are characteristic of the cognitive operations by which impressions and judgments are formed. These cognitive biases are distinct from the better-known intrusions of emotional and motivational factors into judgment, such as wishful thinking and the intentional distortions of judgment induced by payoffs and penalties*”. Em KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgment under uncertainty: Heuristic and biases**. Science, New Series, v. 185, n. 4157. Sep. 27, p. 1124-1131, 1974, p. 1130.

¹⁷⁰ “Uma das principais fontes de diferenças entre os julgamentos reais e as previsões imparciais é o uso de regras práticas. Como ressaltado no trabalho pioneiro de Daniel Kahneman e Amos Tversky, regras gerais como a heurística de disponibilidade - na qual a frequência de algum evento é estimada julgando como é fácil lembrar outras instâncias desse tipo (como “disponível”). “Tais exemplos são” - nos levam a conclusões errôneas. As pessoas tendem a concluir, por exemplo, que a probabilidade de um evento (como um acidente de carro) é maior se recentemente testemunharam uma ocorrência desse evento do que se não tivessem ocorrido. O que é especialmente importante no trabalho de Kahneman e Tversky é que isso mostra que atalhos e regras práticas são previsíveis. Embora as heurísticas sejam, em média, úteis (o que

não com a teoria da utilidade esperada. As pessoas também têm força de vontade limitada; eles podem ser tentados e, às vezes, são míopes. Eles tomam medidas para superar essas limitações. Finalmente, as pessoas são (felizmente) auto-interessadas. Preocupam-se com o bem-estar dos outros, mesmo com estranhos em algumas circunstâncias, e essa preocupação e sua autoconcepção podem levá-los à direção da cooperação à custa de seu interesse próprio material (e às vezes rancorosos, também na despesa de seu interesse próprio material). A maioria desses limites pode ser e ter sido parte de modelos formais¹⁷¹.

Entretanto, assumindo neste trabalho o posicionamento que os agentes que cometem delitos – principalmente delitos econômicos e patrimoniais – possuem alto grau de racionalidade e objetivo específico de maximização de seus resultados através da infringência das normativas legais, fixa-se que o comportamento dos agentes neste modelo de criminalidade pode ser enfrentada com medidas que promovam a alteração do incentivo que leva o criminoso na decisão da prática de delitos, ou seja, a dissuasão através da certeza da punição altera o custo em relação ao benefício esperado com o resultado da externalidade¹⁷².

explica como elas se tornam adotadas), elas levam a erros em determinadas circunstâncias. O modelo oferecido por Kahneman e Tversky, chamado de *teoria do prospecto*, parece fazer um bom trabalho ao explicar muitas características do comportamento observado”. Em SUNSTEIN, Cass Robert; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. *op. cit.*, p. 1477-1478.

¹⁷¹ SUNSTEIN, Cass Robert.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. *op. cit.*, p. 1545.

¹⁷² Reforçando este argumento e em sentido oposto à Sustain, Cass e Thaler: “Outro problema da abordagem clássica identificada por Jolls, Sunstein e Thaler é que ela não reconhece o mercado criminoso como um tipo muito particular de mercado. Suponha que um criminoso pense erroneamente que o benefício esperado compensa a punição esperada, quando na verdade o contrário acontece, e comete uma ofensa. Ninguém se beneficia desse erro porque não há arbitragem nesse mercado. Por sua vez, isso afeta a noção de equilíbrio no mercado criminal, uma vez que pequenas perturbações não podem ser corrigidas pela arbitragem usual. Os erros têm um custo social muito maior neste contexto do que nos mercados usuais em que a arbitragem opera.” Em GAROUPA, Nuno. *op. cit.*, p. 11.

Neste passo, *Erling Eide* aponta que, durante os últimos 30 anos, os economistas invadiram o campo usando seu modelo abrangente de comportamento racional individual, onde um ato criminoso é preferido e escolhido se o pagamento total, incluindo o de sanções e outros custos, for maior do que as alternativas legais. Os infratores não são considerados principalmente indivíduos desviantes com motivações atípicas, mas sim pessoas simples e normais como o resto de nós. A teoria da dissuasão assim obtida é vista como nada além de um caso especial da teoria geral do comportamento racional sob incerteza. Assumindo que as preferências individuais são constantes, o modelo pode ser usado para prever como as mudanças na probabilidade e gravidade das sanções e em vários fatores socioeconômicos podem afetar a quantidade de crimes. Mesmo que a maioria daqueles que violam certas leis difiram sistematicamente daqueles que cumprem as mesmas leis, os primeiros, como os últimos, respondem a incentivos, isto é, a sanções e condições econômicas¹⁷³.

Ao passo que o ofensor, sob o prisma econômico, não se amolda em uma figura determinada com patologias e contornos destinados à atividade ilegal – em contraponto às ideias de *Lombroso*, por exemplo –, assume-se que o agente pode ser oportunista e sua conduta visa maximizar seu benefício esperado. Assim, deve ser enfrentado se a decisão de cometer delitos vem a ser uma conduta racional com o objetivo de maximizar o resultado esperado com a melhor alocação de tempo.

¹⁷³ EIDE, Erling, *op. cit.*, p. 345

2.3 A decisão pelo cometimento do delito é um comportamento racional?

Conforme discorrido nos tópicos acima, uma abordagem econômica do ofensor repousa no pressuposto de que a maioria em potencial é composta por indivíduos normais, superando o entendimento que seriam pessoas mentalmente doentes, deformadas fisicamente ou anormais¹⁷⁴. Nesta obra, portanto, pauta-se na análise e no enfrentamento de pessoas sadias e que respondem a incentivos.

Nesta linha, tem-se o modelo de *Gary Becker* como fonte primária de metodologia, onde a decisão dos indivíduos na incursão criminosa envolve a racionalidade em maximizar *benefícios* em detrimento dos custos (noção já presente em *Beccaria e Bentham*: maximização do prazer e minimização do sofrimento). O Autor foi claro ao afirmar que a pessoa cometerá crimes que a utilidade esperada for maior caso ele tenha que utilizar o mesmo tempo e outros recursos em atividades legais. A pessoa se tornará um ofensor não pelo motivo básico que suas motivações são diferentes das outras pessoas, mas sim por causa da sua maneira de entender os custos e benefícios envolvidos¹⁷⁵.

Com este mesmo raciocínio, *David Pyle* - amparado nos estudos sobre o comportamento criminoso de *Raaj Sah*¹⁷⁶ - chegou em uma importante conclusão que é determinante para o entendimento acerca da racionalidade do agente¹⁷⁷: que os crimes passados geram crimes futuros, desde que as coisas permaneçam estáveis. Pensando

¹⁷⁴ Cf. PYLE, David J. *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁵ Cf. BECKER, Gary. *op. cit.*, p. 09. No original: “*The approach take here follows the economists’ usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some person become “criminals”, therefore, not because ther basic motivation differs from that of other persons, but because ther benefits and costs differ.*”

¹⁷⁶ Ver SAH, Raaj K. **Social Osmosis and Patterns of Crime**. *Journal of Political Economy*. Vol. 99, n. 6, 1991, p. 1272-1295.

¹⁷⁷ PYLE, David J. *op. cit.*, p. 26.

desta forma, uma das maneiras que se fundam na construção de que o agente é racional é o pleno conhecimento da informação, ou seja, de que outros criminosos não foram capturados ou punidos por crimes semelhantes.

Em seus estudos, *Isaac Erlich* apontou que os criminosos maximizam a utilidade esperada, que se resume a uma média ponderada das utilidades de dois aspectos da realidade (ser capturados ou obter o benefício esperado com o delito), sendo os pesos determinados pelas probabilidades de serem capturados ou ficarem livres, respectivamente. Assim, o “consumo” é determinado pelos ganhos resultantes do trabalho e o “tempo” destinado neste trabalho poderá ser alocado de forma lícita ou ilícita¹⁷⁸. Logo, na linha defendida pelo autor, o tempo destinado para o benefício esperado é sopesado para a decisão racional de se obter o mesmo benefício de forma lícita ou ilícita com a similar alocação de tempo.

O comportamento racional, portanto, se extrai da ênfase do indivíduo em, mesmo possuindo as informações necessárias para agir de forma diversa (conhecimento da legislação, informações sobre práticas pretéritas e a sua devida punição, valores morais e subjetivos), decide por maximizar seu benefício através da prática de injustos penais típicos¹⁷⁹. Nessa lógica, a vontade de um ofensor em cometer

¹⁷⁸ Cf. EHRLICH, Isaac, **Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation**. *Journal of Political Economy*, Vol. 81, n. 3, 1973, p. 530 e ss.

¹⁷⁹ Neste sentido, há os estudos empíricos realizados por Pery Francisco Assis Shikida nas Penitenciárias do Estado do Paraná. Sobre a racionalidade do agente, extrai-se que “Os dados das pesquisas demonstraram que a maioria dos entrevistados tinha alta percepção do grau de risco que estavam incorrendo quando da prática da atividade ilegal, pois para 42% (quarenta e dois por cento) o grau de risco era superior a sete (numa escala de zero a nove). Para 25% (vinte e cinco por cento), o grau de risco oscilava entre quatro a seis, considerado risco moderado. Para os demais, o grau de risco era inferior a quatro. No entanto, para este grupo de entrevistados o risco não representava perigo, pois consideravam esta atividade “normal”. No geral, pode-se dizer que, mesmo tendo pouca escolaridade, a maioria dos entrevistados sabia do risco da atividade ilegal que estavam praticando.” Em SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. In: **Economics**

um crime depende não apenas da quantidade de punição, mas também da probabilidade de detecção e da probabilidade de condenação, sendo que tais custos são mensurados pelo agente no momento da decisão da incursão no ilícito penal¹⁸⁰.

As decisões para a incursão criminosa seriam resultado de uma cuidadosa ponderação de custos e benefícios e se baseariam em preferências existentes, como informações passadas sobre o mesmo ato delituoso, conhecimento da forma de julgamento quando da infringência do mesmo tipo penal e análise do tempo dispendido de forma lícita para o benefício¹⁸¹. Sempre seriam tomadas decisões *ótimas* com o intuito de melhor alocação de tempo e maximização do resultado esperado. Este modelo de comportamento racional não é diferente de uma escolha de um produto ou análise de um contrato. O decisor racional leva em conta a certeza e a severidade da punição (não havendo relação com a quantidade de pena, e sim com o tamanho da invasão da penalidade em sua esfera privada) como um custo a ser mensurado em atenção ao benefício esperado.

Becker já havia traçado o paralelo entre o indivíduo que pratica delitos com a figura de um empresário, sendo que ambos visam o máximo de vantagem com a atividade exercida, reagindo às circunstâncias de fato e de direito ligadas ao ato praticado. Com esta perspectiva, enquanto o agente tiver ciência que sua atividade será lucrativa, permanecerá exercendo-a: trata-se de pessoa organizada que

Analysis of Law Review. v. 1, n. 2, Jul-Dez, 2010, p. 318-336.

¹⁸⁰ Neste sentido: “*Traditional economic analysis of criminal law explains human behavior as grounded in the probability of detection, the size of the sanction, the attitudes of individuals towards risk, the expected costs of the sanctions, etc. The basic premise of this analysis is that individuals make rational judgments of these parameters and guide their behavior accordingly. But there is a hidden premise, namely, that individuals can acquire information concerning the size of these parameters and that they act in accordance with such information.*” Em HAREL, Alon. *op. cit.*, p. 36.

¹⁸¹ Ver EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. Economics of crime. In: **Foundations and trends in microeconomics.** vol. 02, n. 03, 2006, p. 205-279.

faz uso dos meios disponíveis e conforme as oportunidades faticamente reconhecidas. Ao imaginar a margem de ganho visada, o agente computa seus riscos (ser descoberto, possível pena, julgamentos) e estes são, de forma sumária, seus “custos”. O agir criminoso, portanto, considerará a previsão do bônus (dinheiro, satisfação pessoal, saciamento de necessidades) a partir da perspectiva de determinado contexto de perseguição e de punibilidade (probabilidade) e de quanto eventual punição irá representar como “custo” (quantidade da pena em si)¹⁸².

Em suma, se o agente que opta pela prática de delitos reconhecer a baixa chance de ser descoberto e punido, aliado ao fato que a punição, caso haja, não incutiu a devida dissuasão para agir de forma legal, as chances do cometimento do delito são altas. Em termos econômicos, se o preço a ser pago pelo crime é for baixo, há um estímulo para o consumo deste produto.

Assumindo que as preferências individuais são constantes, o modelo de *custo-benefício* pode ser usado para prever como as mudanças na probabilidade e emprego *ótimo* das sanções podem afetar a quantidade de crimes. Mesmo que a maioria daqueles que violam certas leis difiram sistematicamente daqueles que cumprem as mesmas leis, os primeiros, como os últimos, respondem a incentivos (isto é, sanções penais e certeza da punição)¹⁸³.

Um modelo de racionalidade e uma estrutura de racionalidade para a prática do delito:

¹⁸² OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.*, p. 118

¹⁸³ No mesmo raciocínio: EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *op. cit.*, p. 01

Exemplo de estrutura decisória racional:



Fonte – Elaboração própria, 2018.

Issac Erlich concluiu que a característica distintiva das principais contribuições dos economistas para o entendimento da racionalidade tem sido a tentativa de explicar os vários aspectos da decisão do cometimento do delito através das ferramentas de otimização e análise de equilíbrio, ao invés de confiar em fatores sociais e ambientais determinísticos que são independentes da vontade humana¹⁸⁴.

¹⁸⁴ No original: “Indeed, the distinguishing feature of the major contributions by economists has been the attempt to explain the various aspects of crime through the tools of optimization and equilibrium analysis, rather than by reliance on deterministic social and environmental factors that are independent of the human will”. ERLICH, Isaac. *op. cit.*, p. 44.

A suposição fundamental da abordagem econômica, portanto, é que as pessoas são racionais. Um assaltante é um assaltante, por exemplo, pela mesma razão que um indivíduo é professor: dados seus gostos, oportunidades e habilidades, é a profissão mais atraente para ele. Quais leis são aprovadas, como elas são interpretadas e aplicadas, em última análise, dependem de qual comportamento é do interesse racional dos legisladores, juízes e policiais. Racionalidade não significa que um malfeitor compile uma elaborada planilha de custos e benefícios antes de decidir cometer um furto. Um infrator em posse de uma arma de fogo não elabora uma análise precisa de como disparar em sua vítima afetará as chances de ser pego, se reduzirá as chances em 10% ou em 20%. Mas se ficar claro que isso reduzirá o risco de ser pego sem aumentar a punição, é bem provável que ele puxe o gatilho¹⁸⁵.

Consequentemente, nota-se a necessidade de sopesar formas de promover o aumento do custo em alusão ao benefício esperado com a prática delituosa, como forma de dissuasão do decisor racional em sua jornada no delito.

2.4 Teoria da dissuasão

O efeito das penalidades é o foco principal da análise econômica e comportamental da prática do crime. A preposição central da teoria da dissuasão é de que o comportamento criminal dos indivíduos pode ser modificado pela estrutura das penas. O efeito da punição, através da certeza da aplicação de sanções penais após o cometimento de delitos, eleva as expectativas negativas quanto ao benefício esperado com o crime. O efeito da dissuasão depende crucialmente da eficácia da ação da justiça na condenação dos criminosos¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cf. FRIEDMAN, David D. **Law's order: what Economics has to do with law and why it matters**. Princeton University Press, 2000, p. 08.

¹⁸⁶ VIAPIANNA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: Uma explicação para a formação do Criminoso**. Porto Alegre, AGE: 2006, p. 120.

Em um sentido muito amplo, a dissuasão é qualquer fator que exerça uma força preventiva contra o crime. As sanções penais podem ter um efeito sobre o crime, causando medo ou influenciando as normas. A combinação desses efeitos está em partes da literatura sobre o crime chamada “prevenção geral”¹⁸⁷. Na economia do crime, enfocase os efeitos da aplicação das sanções penais nos resultados das ações e, portanto, no comportamento ilegal. Este é o mecanismo de dissuasão no sentido estrito¹⁸⁸.

Os teóricos acerca da dissuasão, conforme *Alon Harel*, acreditam que se deve deter o crime e que a dissuasão exige a imposição de uma sanção suficientemente grande. Tal sanção deve ser sensível às expectativas do ofensor em relação à desutilidade resultante da sanção. Parece, portanto, que a análise da utilidade esperada e maximização dos resultados é relevante. No entanto, os teóricos da dissuasão se concentram apenas na utilidade esperada (com base nas previsões dos indivíduos) porque utilidade esperada determina os efeitos dissuasivos da sanção, não denotando importância análises retributivistas¹⁸⁹. Os economistas não estão interessados em saber se os criminosos “merecem” sanções, uma vez que estão interessados exclusivamente no futuro e não no passado. Segue-se que o que os economistas se preocupam é quais sanções impedem ou, mais amplamente, dissuadem o crime¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Para complemento ao tema da prevenção geral, ver BUSATO, Paulo César. *op. cit.*, p. 723; DOTI, René Ariel., *op. cit.*, p. 554; CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, 61; MIRABETE, Julio Fabrini. *op. cit.*, p. 244; SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p 466.

¹⁸⁸ EIDE, Erling. *op. cit.*, p. 493.

¹⁸⁹ Sobre a função retribucionista da pena: “A idéia fundamental do retribucionismo é a concepção da pena como uma mal. Esse castigo, de algum modo, visa a contraposição de outro mal, que é o crime”. Em BUSATO, Paulo César. *op. cit.*, p. 715. E ainda: “A pena, para Kant, detém uma função retributiva com caráter marcadamente ético. Kant qualificava a pena como um imperativo categórico, cuja incidência é a pena justa, tando desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado. Para Hegel, a pena tem um papel restaurador ou retributivo, assim, segundo seja o *quantum* ou a intensidade da negação do direito também sera o *quantum* ou intensidade da pena; representa o restabelecimento da ordem jurídica perturbada. Em BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216-217.

¹⁹⁰ HAREL, Alon. *op. cit.*, 36.

O efeito de ameaçar a população com punições formais desagradáveis¹⁹¹, que trarão dor, perda ou prejuízo se agirem de forma inaceitável, é tratado como dissuasão. A dissuasão é eficaz na medida em que altera ou mantém o curso da ação da população na direção de um comportamento comprometido com a legalidade. As penas podem ter efeito sobre a criminalidade por informar à população as normas sociais existentes e sua devida punição, em caso de infringência destas.¹⁹²

Em muitas circunstâncias, a dissuasão pode levar um decisor racional a considerar qual dos atos delituosos cometer, por exemplo, se deve liberar apenas uma pequena quantidade de poluente em um rio ou uma grande quantidade, ou se deve sequestrar uma pessoa ou também matar a vítima de sequestro¹⁹³. Em tais contextos, a ameaça da pena desempenha um papel adicional ao usual de tentar impedir os indivíduos de cometer atos prejudiciais: para indivíduos que não são completamente dissuadidos, as sanções influenciam quais atos nocivos os indivíduos escolhem para cometer. Notavelmente, esses indivíduos terão uma razão para cometer atos menos prejudiciais do que mais nocivos se as sanções previstas aumentarem com danos¹⁹⁴.

¹⁹¹ Neste sentido: “Idealiza-se o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desgosto e pela geração de um prejuízo”. Em BUSATO, Paulo César. *op. cit.*, p. 724; “A função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga (...); o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena”. Em SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p. 466-467.

¹⁹² BRENNER, Geraldo. **Entendendo o comportamento criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades**. Porto Alegre: AGE, 2009, p. 72-73.

¹⁹³ Neste sentido: “*Deterrence theory also assumes that potential offenders rationally (though not necessarily consciously) consider and weigh the costs and benefits of committing a crime.*” Em McADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. **Behavioral Criminal Law and Economics**. John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper n. 440, 2008, p. 14.

¹⁹⁴ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Public enforcement of law. In: **Encyclopedia of Law and Economics: The Economics of Crime and Litigation**. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 320-321.

Um modelo de dissuasão pode ser enfrentado como um procedimento que funciona no alerta aos possíveis ofensores para que alterem os cursos de suas ações. Uma modificação comportamental é latente quando a variável do custo se mostra desproporcional em relação ao benefício. Logo, se a certeza da aplicação da pena modifica o comportamento voltado para a prática do delito (custo), o benefício esperado poderá não ser como desejado, ou seja, a conduta maximizadora não se faz presente, havendo a dissuasão. A certeza da punição é o incentivo negativo ao indivíduo¹⁹⁵.

A certeza da aplicação da penalidade é um fator desagradável ao indivíduo que se sujeita à maximização de seu resultado. A perda patrimonial, restrição de direitos e a perda da liberdade são resultados indesejáveis para qualquer agente racional. Em geral, o indivíduo tem atitudes e decisões para se evitar a imposição de penalidade, criando hábitos de comprometimento com as leis¹⁹⁶. A dissuasão localiza a variação do comportamento criminoso em apenas uma parte (punição positiva direta do comportamento criminoso) de um lado da equação geral de reforço, embora incluindo as três modalidades de certeza, severidade e celeridade. Em sua formulação clássica, a dissuasão realmente inclui apenas um indicador específico de punição positiva - a saber, o medo de penalidades legais¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Neste sentido: “*The criminal law system aims at providing maximum deterrence at minimal costs. The costs of the criminal law system are determined by the costs of sentencing and by the costs of the detection and conviction systems. Certainty and uncertainty with respect to the sentence or the probability of sentencing should be manipulated in a way which increases the deterrent effects of the criminal law system*”. Em HARON, Arel; SEGAL, Uzi. **Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime**. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, 1999, p. 34.

¹⁹⁶ Cf. BRENNER, Geraldo. *op. cit.*, p. 74.

¹⁹⁷ Cf. AKERS, Ronald L. **Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken**. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 81, n. 3, 1990 p. 660.

A dissuasão é aplicada através de variáveis que medem a percepção da probabilidade, duração e celeridade da punição. Contudo, a dissuasão depende não apenas de incentivos negativos, mas também de incentivos positivos (por exemplo, a melhoria de condições econômicas da sociedade) o que sugere que não é necessário fazer exclusivamente uso de efeitos de incapacidade de ação - por exemplo, a prisão. É importante reforçar a ideia de que a percepção da certeza e da punição é relevante. Isto porque o que as pessoas pensam é determinante. Se elas entendem que as hipóteses de serem efectivamente punidas são remotas, então o poder dissuasivo é diminuído¹⁹⁸. O efeito da dissuasão está na eficácia dos meios legais para captura, persecução e aplicação da pena para aqueles que cometem delitos. Desta maneira, a expectativa do benefício esperado com o crime é diminuída, influenciando o comportamento do indivíduo na decisão de mensurar o benefício esperado com o ganho obtido com o cometimento do injusto penal típico.

A dissuasão é um conceito central na teoria econômica do direito penal. Ela aborda duas maneiras pelas quais os *insights* comportamentais são importantes para esse conceito. Primeiro, consideramos o desafio que os resultados comportamentais representam para a teoria da dissuasão, a alegação de que mudanças marginais na severidade da punição criminal não influenciarão realmente a decisão de delinquir. Segundo, assumindo que o desafio falha - que a teoria da dissuasão é essencialmente correta - consideramos como a pesquisa comportamental, no entanto, recomenda modificar o modelo econômico da decisão da prática do delito, o que, por sua vez, afeta o uso ótimo de sanções criminais¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Cf. MENDES, Silvia M. **Análise econômica do crime e o seu contributo para a definição de uma política penal**. Dissertação de mestrado (Mestrado em estudos econômicos e sociais). Universidade do Minho, Braga, 1997, p. 63.

¹⁹⁹ McADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. *op. cit.*, p. 13

Partindo do pressuposto que o agente racional promove a análise do *custo-benefício* no momento da decisão do cometimento de delitos, pois busca o melhor resultado possível com a ação praticada, a escolha racional mostra que o comportamento pode ser alterado através de incentivos negativos, dissuadindo o indivíduo na incursão criminosa. O incentivo negativo, portanto, é a sanção penal.

3

FUNDAMENTOS PARA UMA SANÇÃO PENAL *ÓTIMA*

Cumpriu-se, até aqui, formalizar a instigante aproximação entre o Direito Penal e a Economia, apresentando teorias econômicas que se mostram úteis na investigação deste trabalho.

Assumindo que a Análise Econômica para o Direito Penal é uma ferramenta que reúne a potencialidade de solidificar um novo ângulo de observação do ato ofensor e do comportamento do indivíduo, imprescindível determinar as sanções penais – *em especial aquelas dispostas no Código Penal Brasileiro* - que se mostram eficientes sob o prisma econômico.

3.1 A interpretação das sanções penais conforme a Economia

Para adentrar no presente tópico, mostrou-se imprescindível promover a apresentação de como a Economia traz suas conclusões sobre o crime e o ofensor, as decisões racionais e reflexões sobre a dissuasão enquanto forma de prevenção da atitude criminosa. Com isto, a Economia contempla a sanção penal como a maneira de fomentar o desequilíbrio do custo em relação ao benefício da maximização do bem-estar com o resultado da prática criminosa. Desta forma, oportunizar o conceito da pena por intermédio da Economia é vital para o deslinde deste trabalho.

Robert Cooter e *Thomas Ulen* trazem às claras que a Economia proporcionou uma teoria científica para prever as sanções penais sobre o comportamento. Para os autores, *as sanções se assemelham aos preços*, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positivada²⁰⁰. O objetivo da punição do crime é dissuadir

²⁰⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 25.

prejuízos intencionais, e não os compensar. Com este entendimento, Cooter e Ulen admitem que quando a indenização civil for imperfeita, é necessária a suplementação através da sanção penal²⁰¹.

Assim, entende-se que a pena é o preço a ser pago por uma ofensa cometida.²⁰² O tamanho da pena deve ser proporcional à seriedade do ato, sendo a desproporção um equívoco sob o viés econômico. Diz-se, assim, que o crime é punido conforme o dano que cause à sociedade e a vítima²⁰³. Sob o enfoque da Economia, o interesse da ingerência do direito penal se baseia na busca pela reparação do dano causado e, quando da impossibilidade deste e para os efeitos dissuatórios, acresce-se a sanção penal como um componente punitivo, com efeito inibidor da decisão racional²⁰⁴. Neste sentido, *Paulo César Busato* afirma que o Direito Penal não é uma solução para todos os males e não é a única forma de controle social jurídico. Continua o autor no sentido que o Direito Penal emerge quando dos ataques intoleráveis aos bens jurídicos²⁰⁵.

Neste sentido, *Gary Becker* se referiu as sanções penais como um custo a ser mensurado monetariamente através da equivalência do delito, quando da aplicação de multas – a qual o autor considera a sanção penal com maior eficiência²⁰⁶. Ainda, ao se referir as sanções penais, Becker apontou que as punições não afetam apenas os ofensores, mas sim à toda uma sociedade. *Richard Posner* implementa que o principal

²⁰¹ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 473.

²⁰² Cf. CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade; uma avaliação crítica do modelo. In: **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 93-110, p. 98.

²⁰³ No mesmo entendimento, COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 468; MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie, *op. cit.*, p. 393.

²⁰⁴ Sobre a intervenção mínima do Direito Penal: “A adoção do termo intervenção mínima dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, posto que se trata de expressar que a intervenção penal é reservada, seletiva, mínima em face das circunstâncias e não vinculadas a critérios objetivos, menos ainda a valores”. Em BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**, p. 174-175.

²⁰⁵ Cf. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**, p. 171.

²⁰⁶ Cf. BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**, p. 13.

fato que o direito penal pune é a transferência coercitiva e involuntária de riqueza ou utilidade. Assume o autor que a maioria dos possíveis ofensores é suficientemente racional para ser dissuasível²⁰⁷.

É necessário tecer pequena explicação sobre a diferença entre as penas e as indenizações do direito civil. As indenizações dispostas na legislação cível têm como objetivo restaurar o bem-estar da vítima às expensas do autor da lesão. Em uma visão econômica, as penas do direito penal pioram a condição do autor da lesão sem beneficiar a vítima diretamente, e, em alguns casos, ignorando o benefício das indenizações²⁰⁸. Deve uma pena estar relacionada ao prejuízo causado pelo ato criminoso e também como forma de inibir o agente da prática de delitos²⁰⁹.

Em se tratando de danos que envolvam dinheiro, *Ulen e Cooter* expõem uma definição estrita que auxilia no entendimento da diferença entre pena e indenização. Os autores expressam que a indenização perfeita é o valor monetário que torna a vítima indiferente entre a lesão com indenização ou a ausência de ambas. A punição monetária é a soma que faz com que o autor da lesão prefira a ausência de lesão a ter a lesão com pagamento de uma soma²¹⁰.

Neste ângulo econômico, apura-se que o Direito Penal controla e proíbe certas condutas e serve para que indivíduos não prejudiquem intencionalmente outros indivíduos, sendo que as penas se ajustam como forma de cumprimento e reafirmação de tais proibições. Quando

²⁰⁷ POSNER, Richard Allen. *An Economic Theory of Criminal Law*, p. 1206.

²⁰⁸ Autores como George Stigler acreditam que o tamanho e severidade das sanções possuem caráter dissuasivo. Esta posição é divergente da defendida neste trabalho. O autor afirma que “*It is no doubt true that the larger the punishment, the smaller will be the expected net utility to prospective offender from the commission of a given offense.*” Em STIGLER, George J. *The Optimum Enforcement of Laws*. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.). *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974, p. 57.

²⁰⁹ Neste sentido: PYLE, David. *op. cit.*, p. 35 e ss.; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 472.

²¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 472.

a indenização é imperfeita, o Direito Penal surge como suplementação necessária ao direito da responsabilidade civil²¹¹.

Como já dito em tópicos anteriores, os economistas não se afligem com funções retributivas da pena ou anomia, mas sim com o objetivo da dissuasão da prática de delitos e a aplicação subsidiária do direito penal quando a indenização pelo dano causado for imperfeita. As sanções penais servem como uma forma de internalização de custos quando da tomada de decisões na empreitada criminosa.

A sanção penal serve a uma função de dissuasão através da alteração do cálculo de custo-benefício dos potenciais ofensores de uma forma que facilite a internalização dos custos que outros suportam devido à atividade causadora de danos²¹². Assim, se os preços afetam o comportamento do indivíduo, logo, na visão econômica, a pena afetará o comportamento de um indivíduo ante a certeza da aplicação da sanção penal.

Com isto, em atenção as conclusões de *David Pyle*, os economistas dão valor considerável ao papel das penas como inibidora de futuras atividades criminosas. Embora alguns os autores entendam que severidade das punições seja uma fonte de inibição, a maioria dos pesquisadores defendem as penas economicamente eficientes. À vista disso, a investigação concentra-se na sanção penal como forma de dissuasão, sendo seu ponto ótimo a melhor alocação de recursos com a maximização da inibição futura da prática criminosa.

²¹¹ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 473.

²¹² FISCHER, Talia. *op. cit.*, p. 51.

3.1.1 A sanção penal se assemelha aos preços e taxas?

Com fundamento na análise da doutrina econômica sobre o crime, reservada naquelas averiguadas até este momento, a sanção penal é o preço a ser pago pela infringência de uma norma penal. Se o indivíduo se inclina para a prática do delito, entende este estar diante de um custo envolvido e o preço a ser pago em caso de condenação. A punição é a contraprestação à conduta reprovável.

As sanções penais são equiparadas aos preços na medida que os indivíduos reagem aos maiores preços optando por não efetuar determinada transação ou pela mudança de um padrão de consumo quando da certeza de melhores opções *custo-benefício* do mesmo produto, bem como as pessoas podem repensar atitudes ilegais quando da certeza da aplicação de uma sanção penal, praticando menos dessas condutas.

Pelas lentes da Economia, um indivíduo só será seduzido pelo crime se o preço a ser pago for relativamente baixo em relação ao ganho esperado, ou, como ponto central desta investigação, se não houver a certeza de uma alocação de recursos que eleve custo em detrimento do benefício, ou seja, não ter a plena certeza da aplicação da pena, atingindo sua esfera pessoal financeira ou de sua restrição de direitos e liberdade. Neste sentido, emerge a possibilidade de o indivíduo raciocinar quanto aos custos envolvidos na prática do delito.

3.1.2 O custo da sanção penal é mensurado pelo agente ofensor?

A partir do modelo proposto por *Gary Becker*, os indivíduos realizam suas escolhas de forma organizada e racional, ou seja, respondendo a determinados incentivos e condições, não mais buscando maximizar o prazer e minimizar o sofrimento conforme proposto por *Bentham* e *Beccaria*, mas sim em aumentar seus benefícios em relação aos custos envolvidos²¹³. Resta, portanto, o crime como sendo uma atividade econômica como outra qualquer.

Os modelos apresentados de verificação do comportamento humano pautam-se na premissa do “*valer a pena*”, isto é, a obtenção de um bom resultado com facilidade e em pouco tempo, ou seja, a melhor alocação de recursos (tempo), objetivando o maior benefício esperado (ganho esperado com a atividade). O mercado do crime passa a ser um sistema de incentivos, onde resta buscar as alternativas possíveis onde o indivíduo se comporte de forma adversa ao crime. A decisão racional passa pelo crivo do instrumental econômico do custo-benefício.

Geraldo Brenner defende que se existem limitações, existem custos. Se os recursos são escassos, não se pode fazer aquilo que se quer. Logo, é preciso buscar os próprios interesses de forma eficiente. Por isso, o indivíduo se obriga a decidir entre várias alternativas relevantes e escolher uma delas. O custo de fazer alguma coisa é o valor da melhor alternativa que foi deixada de lado ao se tomar determinada decisão (também chamado de custo de oportunidade)²¹⁴. A noção de custo é um importante fator para o entendimento do comportamento criminoso.

O autor apresenta um exemplo para a assimilação do custo e a mensuração pelo indivíduo quando da decisão racional, com a pergunta “até que ponto é interessante assaltar bancos no Brasil?” Nesta ótica, apresenta-se a diferença entre um professor

²¹³ Em igual sentido: VIAPIANNA, Luiz Tadeu. *op. cit.*, p. 37.

²¹⁴ BRENNER, Geraldo. *op. cit.*, p. 16.

universitário e o assaltante de bancos, onde a estrutura de custos de suas atividades e suas possibilidades de ganho são diferentes. O professor universitário continua a lecionar, enquanto esta atividade for interessante, considerando outras alternativas viáveis. Para ele, não vale a pena ser assaltante de bancos: falta vontade, conhecimento e o custo do abandono de princípios morais. Além disso, poderá perder sua reputação se for pego e condenado, se alguma matéria jornalística o vincular em atividades ilícitas ou ser fotografado em flagrante delito. Para o professor universitário, o risco não compensa: se quiser ganhar dinheiro extra, irá decidir racionalmente por outras atividades lícitas (dar mais aulas, investimentos bancários, etc.)²¹⁵.

Esses mesmos princípios são utilizados pelo assaltante de banco: para ele, vale a pena assaltar bancos, dada sua pouca formação escolar e a limitação de possibilidade de ganhos trabalhando em atividades normais. Não há motivos para a manutenção de sua reputação, pois seu grupo de pertencimento aceita a prática delituosa. Ainda, os exemplos negativos oriundos da família e do local onde vive mostram que o crime compensa ou é a única alternativa para a obtenção de ganhos. A alocação de recursos é relativamente simples, bastando reunir algumas unidades de mão de obra, poucas horas de planejamento e o capital a ser empregado normalmente será algumas armas de fogo²¹⁶.

Com este exemplo, imagina-se formas de aumento do custo e da expectativa da maximização dos resultados obtidos com o delito, sendo uma delas o crescimento da probabilidade de ser pego com a certeza de uma punição eficiente.

Se há a certeza de um preço a ser pago e com o pleno convencimento do aumento do custo (certeza da aplicação da pena) em relação ao benefício (ganhos oriundos da prática criminosa), o decisor racional se vê diante a uma alteração de seu cálculo custo-benefício, havendo nível de dissuasão na sua incursão ilícita.

²¹⁵ BRENNER, Geraldo. *op. cit.*, p. 18.

²¹⁶ BRENNER, Geraldo. *op. cit.*, p. 18-19.

Ao longo do tempo, os transgressores das normas penais buscarão novas alternativas e meios de vida, sendo desencorajado ao risco, optando por atividades dentro da legalidade. O crime é desincentivado quando os custos (certeza da punição) forem maiores que os benefícios.

Entretanto, se faz importante verificar se a quantidade de sanção penal ou sua certeza de aplicação é mais benéfico quanto a dissuasão esperada.

3.1.3 Preços (penas) maiores significam menos crime?

Partindo do pressuposto que a sanção penal seja um fator determinante na equação *custo-benefício* na decisão da prática do injusto penal, e com fundamento na grande parte da literatura da *Criminal Law and Economics*, revela-se que a certeza da punição e a severidade do castigo detém contornos de dissuasão eficiente. Entretanto, há de se pensar diferente.

Gary Becker defendeu a severidade da pena, entretanto, militava a favor das penas de multa e seu aumento enquanto modo de eficácia da dissuasão. Desta forma, alterava as configurações das disposições matemáticas de forma a aumentar o custo (aumento do valor da pena de multa) em relação ao benefício esperado com o resultado do delito. Se o ganho privado ilegal esperado for maior do que pelas vias legais, como por exemplo, poluindo o ar em detrimento da legislação ambiental, o dano social deveria ser minimizado “*setting punishments high enough to eliminate all offenses*”²¹⁷.

²¹⁷ Cf. BECKER, Gary. *op. cit.* p. 25

Esta afirmação encontrou resistência através de *Richard Posner*. O autor contestou a assertiva de Becker levantando que o modelo implica punição de crimes diferentes através de uma mesma multa severa. Essa uniformidade, no entanto, elimina a dissuasão do incentivo para substituir delitos de menor potencial ofensivo por crimes mais sérios. Como exemplo, se o roubo é punido tão severamente quanto o assassinato, o ladrão também poderia matar sua vítima para eliminar uma testemunha. Assim, um custo de tornar mais severa a punição de um crime é que ele reduz o incentivo do ofensor para substituí-lo por um mais grave. Para colocar isso de maneira diferente, reduzir a penalidade por um crime menor pode reduzir a incidência de um crime maior. Se não fosse por considerações de dissuasão marginal, crimes mais sérios nem sempre seriam punidos com penas mais severas do que as menos graves²¹⁸.

A pena de morte, sendo a mais severa das punições, já encontrava insurgência desde *Cesare Beccaria*²¹⁹. Inicialmente, a análise da aplicação da pena de morte identificou um efeito dissuasivo estatisticamente significativo. O primeiro estudo estatístico deste tipo foi feito em 1975 por *Isaac Ehrlich* no artigo “*The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*” que estimou que uma execução extra detém anualmente oito assassinatos. Isso atraiu considerável notoriedade e profunda controvérsia porque a pesquisa de *Ehrlich* foi citada na Suprema Corte dos EUA em *Gregg x Georgia* (428 US 153 *Supreme Court*, 1976), que reintroduziu a pena de morte nos EUA.

O contraponto ao estudo de *Erlich* foi certificado através de pesquisas que indicaram que execuções não tiveram efeito sobre outras categorias de crime, como assaltos, roubos e ofensas de propriedade. Estudos relataram que o impacto da pena de morte varia dentre os estados do EUA, reduzindo homicídios em alguns e aumentando em outros. A pena de morte tem força dissuatória em alguns estados, mas brutaliza ou promove a violência visceral em outros²²⁰.

²¹⁸ Cf. POSNER, Richard Allen. *An Economic Theory of Criminal Law*, p. 1207.

²¹⁹ “A pena de morte é ainda mais funesta à sociedade, pelos exemplos de crueldade que dá aos homens.” Em BECCARIA, Cesare. *op. cit.* p. 60

²²⁰ Em LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J., *op. cit.*, p. 156 e ss.

Ao se debruçar no assunto, restou verificado que não encontra amparo em pesquisas empíricas ou dados significativos que atestem a severidade da punição como forma de inibição do avanço da criminalidade. Neste tocante, assiste melhor razão ao delineado por *Posner*. Ocorre que a literatura sobre o tema defende o aumento das penas de forma a não individualizar as condutas e tipos penais, ou seja, haveria um aumento de pena para todos os delitos objetivando o desequilíbrio *custo-benefício*, como adotado por *Gary Becker* e *Issac Ehrlich*.

Na exploração deste diagnóstico, buscou-se verificar na realidade brasileira se o efeito do aumento da severidade do castigo como formato dissuasório se faz presente. Desta maneira, uma análise aos dados inerentes ao delito de tráfico de entorpecentes²²¹ na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, podem guiar à uma conclusão diversa daquela proposta na gênese do tópico, ou seja, que a severidade da pena não possui contornos de ingerência na decisão racional no cometimento do injusto penal típico ora em análise.

O recorte nos delitos de tráfico de entorpecentes é importante para o exemplo, pois através da Lei 11.343/2006 houve o aumento da pena em relação à legislação pretérita. O delito de tráfico de drogas passou a ter sua pena mínima fixada em 05 anos, em superação aos 03 anos dispostos na Lei 6.368/1976²²².

²²¹ Art. 33 da Lei de Tóxicos - Lei 11343/06.

²²² O crime de tráfico de droga teve sua pena mínima elevada de 3 para 5 anos com o advento da Lei nº 11.343/06, tratando-se de crime equiparado a hediondo, com progressão de regime diferenciada na fração de 2/3 para primários ou 3/5 para reincidentes (artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/90), inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, conforme inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Outras exigências previstas em lei que aumentavam a severidade da execução da pena foram atenuadas pela jurisprudência. Neste caso, deixou-se de aplicar a regra de regime integralmente fechado ou da impossibilidade de progressão de regime ao se verificar que a rigurosidade do tratamento penal não correspondia à política criminal mais adequada e feria a individualização da pena (*Habeas Corpus* 111.840/ES, Supremo Tribunal Federal – STF).

Em observação aos dados coletados, no ano de 2016 houve 1.051 registros de ocorrência tipificados como tráfico de drogas na cidade de Curitiba. No ano de 2017, 1.308 casos foram registrados, assim, um aumento de 24,45% em relação ao ano anterior. No período compreendido entre janeiro e junho de 2017, ocorreram 557 ocorrências registradas envolvendo tráfico de entorpecentes. No mesmo período do ano de 2018, houve 766 registros de ocorrências, portanto, um aumento de 37,52%²²³.

Com isto, passados 12 anos da vigência da legislação, verificou-se que mesmo com o recrudescimento da pena houve, em suma, um aumento nas ocorrências registradas pela Polícia Militar e Civil do Estado do Paraná relacionadas ao injusto penal. Com isto, refletindo sob o aspecto econômico, não despertou a dissuasão desejada com o aumento da pena, em que pese o número de presos tenha aumentado²²⁴, havendo um efeito mais encarcerador do que a eficácia da dissuasão da prática do delito.

Perseguindo formas de dissuasão na prática de delitos, investiga-se como e quais sanções penais podem ser eficientes no incentivo negativo no processo de construção do processo decisório no envolvimento de transgressões penais.

²²³ Fonte: Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado do Paraná. Relatório Estatístico 2017 e Relatório Estatístico 2018. Disponível em <<http://www.seguranca.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=38>>.

²²⁴ Na última atualização disponível do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento em Junho de 2016. Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios/relatorio_2016_2211.pdf>, acesso em 13.11.2018, p. 43.

3.2 Sanções penais eficientes

Através do panorama econômico, as sanções penais são necessárias para que se atinjam os fins da dissuasão. Para dissuadir o indivíduo do crime, a legislação deve impor penas proporcionais para que o benefício líquido esperado com o crime para o ofensor. **As penas devem ser calibradas para dissuadir os agentes que preferem realizar o ato apesar de seu preço**²²⁵.

A eficiência da sanção penal não se relaciona com a severidade da punição. Considerações sobre a eficiência sugerem que, para um determinado nível de despesas com *law enforcement*, a dissuasão deve ser maximizada. Uma vez que o custo das sanções penais depende de fatores político- criminais (opção por mais cárcere e maior tempo de imprisonment em detrimento de aplicação de penas pecuniárias, por exemplo), o primeiro passo é entender o que é mais prejudicial em uma observação custo-benefício do ponto de vista do potencial ofensor: um sistema de sentenças criminais que garanta certeza quanto a tamanho e severidade da sanção ou um sistema em que haja a certeza da punição como um todo, ou seja, alta probabilidade de detecção, captura, devido processo criminal e, como consequência, a aplicação de sanção penal.

Uma vez que sabido qual esquema mais favorece a decisão racional do ponto de vista do ofensor no abandono no engajamento ao delito, tem-se que maiores efeitos de dissuasão serão observados. Em atenção ao exemplo brasileiro demonstrado através do delito de tráfico de entorpecentes, notou-se que a severidade da punição não restou caracterizada como efeito primário de dissuasão, pelo contrário, após o aumento da pena mínima houve aumento na incursão de indivíduos na prática criminosa. Assim, abandona-se o modelo da severidade da punição como resultância no aumento da dissuasão no molde brasileiro. A certeza da detecção e da punição é muito mais importante do que a severidade da punição.

²²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 474.

Na abordagem brasileira, o infrator não leva em consideração a severidade da pena e assume o preço do risco da sua conduta, por internalizar a incapacidade da detecção e certeza quanto aplicação da sanção penal. Este pensamento vai de encontro ao dito por *Becker*, o qual acreditava que atestar que os infratores são mais dissuadidos pela probabilidade de condenação do que pela punição acaba por implicar na abordagem da utilidade esperada de que os infratores são os que preferem o risco, pelo menos na região relevante das punições²²⁶.

Neste caminho, a eficiência da sanção penal resulta da certeza quanto sua aplicação, assumindo o crime como sendo um mercado onde a prática do injusto penal típico possui um preço a ser pago. Se este custo de transação excede o benefício líquido esperado, a dissuasão se faz presente.

Keith Hylton, sob a ótica econômica e visando delimitar a eficiência inerente às sanções penais, apresenta 3 categorias de análise das penalidades:

Categoria 1: (sempre conduta socialmente indesejável): Supondo que os custos de transação são altos (excedam os custos de execução do delito), se a conduta do infrator é sempre socialmente indesejável ou ineficiente, no sentido de que o ganho do infrator nunca é maior que a perda da vítima, a melhor forma de punição é eliminar a perspectiva de lucro do infrator.

Categoria 2: (conduta potencialmente desejável socialmente): Novamente, assumindo altos custos de transação, se a conduta do ofensor é potencialmente desejável socialmente, no sentido de que o ganho do infrator pode ser maior que a perda da vítima, a política ótima é definir a penalidade em um nível que internaliza as perdas da sociedade.

²²⁶ No original: “The widespread generalization the offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk preferrers, at least in the relevant region of punishments.” Em BECKER, Gary. *op. cit.*, p. 13.

Categoria 3: (conduta de contornar o mercado): Se os custos de transação forem baixos, a melhor política de punição é definir a penalidade no nível de dissuasão total ou de eliminação de ganho. O motivo é forçar os potenciais infratores a usar o mercado²²⁷.

A busca por sanções penais que possam compensar o mal causado ao invés de criar custos adicionais é o desafio enfrentado. Quando se levanta o requerimento que ofensores “devem pagar seu débito com a sociedade”, não se atesta que a severidade ou castigos cruéis possam ser imbuídos de compensação e satisfação social, mas sim que a pena possa ser fator negativo na matemática da decisão racional, com o aumento da dissuasão.

Discorrendo sobre a eficiência das sanções penais, *Jesús-María Silva Sánchez* sugere quatro condições onde a cominação e imposição de penas estariam justificadas a partir de uma perspectiva preventiva geral:

a) estas penas dissuadissem outras pessoas de cometerem infrações ao Direito;

b) evitarem mais sofrimento do que o próprio delito ocasionaria;

c) não houver outra forma de pena que, com a mesma eficácia, produza um dano menor

d) a pena não for substituível por outra medida como mesmo efeito preventivo e que cause menor sofrimento²²⁸

O crime impõe custos consideráveis à sociedade, não apenas os custos diretos (as perdas sofridas pelo crescente número de vítimas), mas também pelos custos indiretos – aqueles assumidos pelos indivíduos que tentam não se tornarem vítimas do crime e pelos contribuintes que financiam as atividades do sistema de justiça criminal (a polícia, tribunais, presídios)²²⁹.

²²⁷ HYLTON, Keith N., *op. cit.*, p. 181.

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 32.

²²⁹ Cf. PYLE, David J. *op. cit.*, p. 11

Após esta trajetória, exemplos de como a sanção penal pode dissuadir o indivíduo são importantes para a verificação à medida que esta propõe o aumento do preço a ser pago da incursão no mercado do crime.

3.2.1 A sanção penal como forma de coação comportamental: A prevenção geral (*Deterrence*)

O conteúdo a ser abordado é um dos preceitos fundamentais da teoria econômica do crime: a sanção penal e seu efeito de coação comportamental²³⁰ com fins à dissuasão²³¹. Ela ocorre quando a punição dos responsáveis pelo crime sinaliza para os demais indivíduos que, caso cometam crimes, serão também presos e condenados. A preposição é que maior percepção do risco aumenta a variável da equação relacionada aos custos pela opção do crime²³².

Decisões de ofensores para se engajar em atividades ilegais pressupõem um campo de ações potenciais. Este campo inclui uma ampla gama de atividades legais (cujos custos e benefícios esperados são ponderados em relação a atividades ilegais) e outras atividades ilegais potenciais. Em outras palavras, o custo de oportunidade da atividade de um indivíduo é julgado contra todas as atividades ilegais. O fato de tais decisões ocorrerem dentro do domínio restrito de atividades

²³⁰ Para aprofundar o tema sob o ângulo de Direito Penal e a “teoria da coação psicológica”, sugere-se a obra de Paul Johann Anselm von FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*.

²³¹ A visão econômica da teoria prevenção geral é contestada por Hassemer: “A teoria da prevenção geral espera por um *homo oeconomicus*, que não se orienta pelas regras gerais. Ela pressupõe que o autor punível em potencial pondere, uma em relação à outra, as vantagens e desvantagens do ato ruim e dessa forma se desinteresse por ele, porque o sistema jurídico penal, com a ameaça de pena e a execução da pena, cuidou para que não valesse a pena.” Em HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 408.

²³² VIAPIANNA, Luiz Tadeu. *op. cit.*, p. 40.

ilegais sugere que as decisões de maximização da utilidade são tomadas não apenas no início de um crime, mas também durante toda a sua execução²³³. Deste modo, as penalidades podem ser traduzidas em incentivos negativos que impedem infratores cujo benefício privado é menor do que o custo do delito.

Alguns mecanismos envolvem possíveis respostas comportamentais como forma de combate ao crime. A ameaça (ou certeza) de punição pode desencorajar atos criminosos. Em Economia, esse efeito é chamado de dissuasão, enquanto no Direito Penal é referido como prevenção geral. Seja qual for o rótulo, o assunto deste tópico é o efeito preventivo da ameaça e certeza da punição, a qual é referido como dissuasão²³⁴. Outro mecanismo comportamental diz respeito ao efeito da experiência de punição na reincidência, denominado dissuasão específica, que não se aborda nesta investigação.

A dogmática penal clássica, com *Winfried Hassemer*, apesar de seu desconforto com o assunto²³⁵, pontuou que a teoria da prevenção geral da pena é o *velho princípio* o qual um homem racional pune somente para o impedimento de futuros injustos, e não como resposta para os injustos passados. O Direito Penal apresenta uma solução para o problema da criminalidade através da ameaça da pena²³⁶. Apresentou o autor que através da ameaça da pena, o homem racional, calculador, fica sob uma coação que não atua fisicamente, como as correntes nas quais se deveria colocá-lo para impedir seguramente o crime, senão psicologicamente, sob a simples observação de que o crime punido não compensa²³⁷.

²³³ KRAMMER, Samuel. **An Economic analysis of criminal attempt: Marginal deterrence and the optimal structure of sanctions**. The Journal of Criminal Law & Criminology. vol. 82, n. 02, 1990, p. 400.

²³⁴ Cf. NAGIN, Daniel S. **Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economics**. Annual Review of Economics. p. 83-105, 2013, p. 84.

²³⁵ “Tal teoria é muito bonita para ser verdade. Os problemas consistem nos pressupostos empíricos de sua eficácia, os quais ela coloca implicitamente, e na sua falta de reflexão ética e jurídico-constitucional.” Em HASSEMER, *op. cit.*, p. 404.

²³⁶ HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 403.

²³⁷ HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 404.

Por outro lado, através do referencial da teoria econômica, a ameaça da pena traduz-se em um estímulo negativo ao decisor racional pela opção pelo crime, podendo-se acrescentar na variável o aumento do custo através da certeza da aplicação da sanção penal. Neste prisma, após o discorrido nos tópicos anteriores, pode-se substituir o termo “ameaça”, mui utilizado pelos teóricos do Direito Penal, pelo termo “certeza”, atribuindo à sanção penal o caráter dissuatório.

Iniciando a abordagem, teóricos da *Law and Economics*, como *Robert Cooter e Thomas Ulen*, apresentam quatro benefícios sociais das sanções penais: dissuasão, retribuição, reabilitação e incapacitação. Os autores se insurgem ao sistema jurídico penal norte-americano afirmando que este depende e se vale exclusivamente do cárcere como incentivo negativo ao crime e não utiliza as multas tanto quanto deveria²³⁸. Importante, pois, discorrer sobre a incapacitação e a dissuasão sob o olhar econômico.

A incapacitação se refere ao fato de que, enquanto em confinamento, ofensores não podem cometer delitos. Mesmo quando não dissuade e não reabilita, a prisão pode reduzir índices de criminalidade por incapacitar indivíduos em ações contrárias às leis penais. Entretanto, há cautela nesta afirmação, pois em determinados delitos o autor pode ser substituído por novos ofensores. Por exemplo, se a prisão de um autor do delito de tráfico de drogas resulta na substituição imediata por outro autor, então a incapacitação não reduz a quantidade de drogas vendidas. Em termos técnicos, a incapacitação é maximamente eficaz na redução da criminalidade se a oferta de ofensores é inelástica²³⁹. Em geral, a oferta inelástica é o resultado de um fator de produção fixo, ou seja, a incapacitação seria eficaz no caso de um assassino em série, um ofensor sexual em uma determinada região ou um indivíduo que pratica delitos informáticos com habilidades específicas, por exemplo.

²³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 510.

²³⁹ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 512.

Daniel Kessler e Steven Levitt demonstraram que uma deficiência importante associada a quase todas as análises empíricas, no entanto, é a dificuldade em distinguir entre dissuasão e incapacitação. Enquanto o principal meio de punição for a prisão, as mudanças políticas que aumentam a punição esperada por crime levam a uma maior dissuasão e a uma maior incapacitação. Consequentemente, a maioria dos testes empíricos de dissuasão são, na prática, testes conjuntos de dissuasão e incapacitação. Por exemplo, as reduções na criminalidade associadas a taxas de detenção aumentadas ou aumento das populações carcerárias são consistentes com a presença de efeitos dissuasivos, incapacitação ou ambos²⁴⁰.

Em pesquisa publicada, os autores apresentaram uma tentativa de um método que diferenciava a incapacitação da dissuasão causados pelo encarceramento e pelas sanções penais em geral. Em análise da *Proposta 8*²⁴¹, aprovada no Estado da Califórnia no ano de 1982, onde previu o aumento gradativo da pena em casos de reincidência em crimes específicos (roubo, estupro homicídio, invasão de domicílio e agressão com emprego de arma), podendo se estabelecer a pena de morte no cometimento da terceira reincidência (*three strikes*), demonstrou-se a redução imediata de 4% nos crimes qualificados no ano seguinte a aprovação da proposta. Assim, foi constatado de forma empírica o

²⁴⁰ KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation. In: **Journal of Law and Economics**. vol. 42, 1999, p. 344.

²⁴¹ A Califórnia aprovou a primeira legislação *three strikes* do país por meio de uma iniciativa de cidadania em 1994. A medida foi aprovada com 72% dos votos, em grande parte em reação ao assassinato de 12 anos de idade. Polly Klaas, que foi sequestrada de uma festa do pijama e assassinada por um criminoso violento que tinha estado recentemente em liberdade condicional. Três leis no formato *three strikes*, que foram aprovadas em 26 estados, exigem realce significativo da sentença quando um infrator é condenado por seu terceiro crime.

Normalmente, as duas primeiras ofensas devem ser violentas ou sérias, mas o terceiro crime, que desencadeia a lei, não precisa ser violenta ou séria. O sentido das leis é que alguém que cometer um terceiro crime é um “infrator habitual” e comprovadamente não dissuadido por sanções penais. Então, na Califórnia, a sentença pelo terceiro crime normalmente é prisão perpétua.

efeito dissuasivo causado pela sanção penal em detrimento dos efeitos incapacitantes do aprisionamento.²⁴²

Com isso, o modelo econômico²⁴³ sugere que a dissuasão surge quando o custo de uma transação voluntária for maior do que os custos de execução gerados por um delito, e o ganho do infrator provavelmente é maior do que o dano da vítima. A dissuasão através da sanção penal é o desestímulo da prática de delitos, com o aumento do custo de transação (prática do delito, tempo utilizado, benefício esperado)²⁴⁴.

Em sua incursão ao tema, *Jesús-María Silva Sánchez* entende que se o delinquente não é, em medida alguma, racional, então a prevenção mediante a criação de normas carece de sentido (a prevenção, todavia, é o que há de mais característico – e mais liberal – do Direito Penal), restando apenas a prevenção técnica, assim como a prevenção especial por tratamento ou inocuidade. Em outras palavras, não é razoável cominar sanções inúteis a quem não as leva em conta em sua tomada de decisão²⁴⁵.

A dissuasão (*deterrence*), sob as premissas econômicas, portanto, é uma influência na escolha na qual os infratores poderiam equilibrar os benefícios e custos do crime. Os benefícios podem ser pecuniários, como no caso de crimes contra a propriedade, mas também podem envolver benefícios intangíveis, como defender a honra, expressar indignação, demonstrar domínio, cimentar uma reputação ou buscar uma emoção. Os custos potenciais do crime são variados e podem

²⁴² KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. *op. cit.*, p. 359 e Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 512.

²⁴³ Em sentido oposto, Hassemer alega que “a teoria da prevenção geral é tão atrativa como teoria, que – como agora nos EUA – introduz métodos da ciência da economia na teoria do Direito Penal e quer compreender o crime e o controle social sob o ponto de vista dos “custos”. É extremamente questionável se é possível reduzir os fatores que condicionam a criminalidade e a pena à Economia, como se indica com a chamada “*análise econômica do direito (penal)*”. Em HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 408.

²⁴⁴ Cf. HYLTON, Keith N., *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *op. cit.*, p. 22.

implicar risco pessoal de ser detido, preso e condenado, aplicação de sanção penal ou se a vítima reagir, atentando contra sua integridade física²⁴⁶. Pode também invocar desconfortos morais e de consciência ou até mesmo vergonha (*shame*)²⁴⁷.

Com fundamento na apresentação até o momento, a certeza da punição detém contornos de dissuasão sob o ângulo econômico, ultrapassando a severidade ou quantidade de punição a ser aplicada. Assim, a racionalidade na aplicação das sanções penais em busca da dissuasão enfrenta o problema de seus custos de aplicação.

3.2.2 O Nível ótimo de dissuasão: a certeza da aplicação da sanção penal em superação a severidade da pena

A certeza da aplicação de sanções penais é uma fonte ou indicador de estímulo agressivo sob o conceito de equilíbrio de estímulos gratificantes e aversivos. Alguns testes empíricos têm incluído medidas de “dissuasão formal” (probabilidade percebida de ser pego pela polícia) em suas análises. O termo “dissuasão” é usado porque as medidas se referiam apenas à percepção da probabilidade de punição. Pesquisadores que usam o conceito de dissuasão incluíram outras variáveis que medem as conseqüências recompensadoras e aversivas e o balanço de reações positivas e negativas. Essas variáveis, em contraste, têm fortes efeitos, como no exemplo da certeza da aplicação de sanções penais através do conhecimento das informações, ou seja, o indivíduo racional detém as informações necessárias a saber que o cometimento do delito o levará ao resultado negativo, em detrimento de um benefício maximizador²⁴⁸.

²⁴⁶ Cf. Nagin, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. In: **Crime and Justice in America: 1975-2025**. University of Chicago Press, p. 199-264, 2013, p. 208.

²⁴⁷ Para as penas de *shame* (vergonha), ver BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

²⁴⁸ Cf. AKERS, Ronald. *op. cit.*, p. 658.

Dissuadir o crime pode salvar vítimas da imposição de danos e prejuízos intencionais, mas também deve ser analisado o efeito sobre o ofensor. Se ele não conseguir nenhum benefício em cometer o crime, ele não irá cometer um injusto penal típico. Para calcular o benefício líquido da dissuasão, devemos subtrair o ganho que o agente teria obtido com o crime da perda que o crime teria imposto à vítima. Como medir o ganho de um ofensor? Não por perguntar a ele, mas por observá-lo. Ele cometerá uma ofensa se e somente se seu valor para ele for maior do que a certeza da punição que ele espera por cometê-lo²⁴⁹.

Daniel Nagin mostra que há muito mais apoio empírico para o efeito dissuasivo de mudanças na certeza da punição do que mudanças na severidade da punição. Uma explicação para o que o autor chama de “efeito certeza” vem da teoria criminológica, que coloca pelo menos tanta ênfase no efeito dissuasor dos custos de sanções informais quanto os custos formais de sanção. Os custos de sanção informais incluem custos que são separados daqueles que atendem à imposição de sanções formais, como perda de liberdade ou multas, e incluem censura de amigos e familiares e perda de posição social e econômica. É importante ressaltar que a magnitude dos custos informais pode ser em grande parte independente da gravidade das consequências legais. Apenas ser preso por cometer um crime pode desencadear a imposição de sanções informais²⁵⁰.

Após algumas verificações através do escopo econômico sobre a dissuasão, tem-se que as evidências que apóiam o efeito dissuasivo de várias medidas da certeza da punição é muito mais convincente e consistente do que o severidade da punição. No entanto, a certeza da punição é conceitualmente e matematicamente o produto de uma série de probabilidades condicionantes e concatenadas, tais como como a probabilidade de captura em resposta a prática de um crime,

²⁴⁹ FRIEDMAN, David D. *op. cit.*, p. 227.

²⁵⁰ NAGIN, Daniel S. *Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economics*, p. 85.

a probabilidade de acusação dada a apreensão, a probabilidade de condenação após a ação penal e a probabilidade da aplicação da sanção penal cabida após condenação. A evidência em apoio do efeito dissuasivo da certeza diz respeito quase exclusivamente à probabilidade de apreensão com a conseqüente aplicação de uma penalidade.

A conclusão de que a certeza e não a severidade da sanção penal é o dissuasor e condição de prevenção mais eficaz é mais precisamente declarada como certeza de apreensão do agente e a devida aplicação da pena e não a severidade da conseqüência legal decorrente da apreensão²⁵¹. Beccaria convergiu para o entendimento acerca da prevenção. Afirmou que seria melhor prevenir crimes do que puní-los e que os legisladores deveriam procurar antes impedir o mal do que repará-lo, proporcionando os indivíduos o maior bem-estar possível, preservando-os de todos os sofrimentos possíveis²⁵².

Retornando ao exemplo brasileiro, as mudanças legislativas em prol da severidade da pena não obtiveram significativo impacto dissuasivo na prática dos delitos, tendo como base os dados analisados sobre a Lei de Drogas. O aumento da severidade da pena não foi capaz de dissuadir ou apresentar redução significativa nas taxas de criminalidade, entretanto, foram decisivas para contribuir com o aumento da população prisional.

Neste fluxo analítico, emerge o questionamento sobre a racionalidade das penas privativas de liberdade.

²⁵¹ Neste sentido: Nagin, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. In: **Crime and Justice in America: 1975-2025**, p. 05; HYLTON, Keith N., **The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law**, p. 195; POSNER, Richard Allen. **An Economic Theory of Criminal Law**, p. 1195.

²⁵² BECCARIA, Cesare. *op. cit.*, p. 104.

3.2.3 O custo da imposição da pena: Aplicar a pena de privação de liberdade é racional?

O ordenamento jurídico define as sanções penais que estão legalmente disponíveis para a punição dos delitos e a modalidade de seu cumprimento. Dependendo do crime e das características dos infratores, como idade ou antecedente criminal, as sanções disponíveis variam de severidade, desde a restrição de direitos a longos períodos de prisão.

A racionalidade econômica pressupõe que os atos de vontade são direcionados à maximização do bem-estar em atenção ao custo e em busca do aumento do benefício esperado. Assim sendo, mediante os conceitos econômicos expostos, há de se refletir sobre a racionalidade do aprisionamento. *Daniel Nagin* enfrenta o problema preocupando-se com os comportamentos dos infratores em relação aos custos que atendem à imposição de sanções penais, tais como prisão, custos com aprisionamento, execução, multas e outras restrições de direitos como o teste obrigatório de drogas ou monitoramento eletrônico²⁵³.

Não se furta ao questionamento que em alguns casos o aprisionamento (inocuidade, incapacitação) seja necessário como forma de resposta social e retribuição (preço) à gravidade do delito cometido. No exemplo brasileiro, é sabido que a maioria daqueles que se inclinam ao crime tem suas origens em populações de renda baixa, sendo, em certos casos, ineficiente a aplicação de sanções penais que envolvam a transferência pecuniária coercitiva. Muitos dos ofensores são muito pobres para pagar uma multa proporcional à gravidade de seus crimes. No jargão econômico, diz-se que o encarceramento permite que a sanção penal escape da restrição à falência do ofensor²⁵⁴.

²⁵³ Nagin, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. In: **Crime and Justice in America: 1975-2025**, p. 09.

²⁵⁴ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 492.

Sob as lentes da Economia, as multas e as restrições de direitos são baratas para o Estado, tornando o encarceramento custoso. A seguinte assertiva vem à tona: raramente faz sentido colocar alguém no cárcere até que o estado primeiro esgote sua capacidade de cobrar multa do ofensor ou restringir seus direitos. Se o estado violar esta regra e prender alguém com a capacidade de pagar uma multa, o estado poderia ter economizado o dinheiro dos contribuintes e manter a dissuasão constante, aumentando a multa ao máximo e reduzindo a sentença de prisão por um valor compensatório.

A lógica carcerocêntrica encontra respaldo quando se verifica que a privação de liberdade visa restringir o livre movimento e a retirada de “tempo” da vida do apenado, em detrimento de uma lógica que poderia promover a retirada de seus bens, direitos e valores pecuniários, e mesmo assim ter o caráter de dissuasão.

Observados alguns critérios para sua aplicação, como antecedentes criminais e quantidade de pena imposta, o Código Penal Brasileiro oferece as penas restritivas de direitos e as penas de multa como forma de sanção penal. Tais penas se adequam, em uma hipótese inicial, na racionalidade econômica entre seu custo de aplicação e o benefício esperado com a imposição da sanção penal.

Os custos sociais do aprisionamento incluem os custos diretos da construção, manutenção e contratação de funcionários para os centros prisionais e os custos de oportunidade da perda de produtividade e possível geração de compensação dos danos por parte dos aprisionados²⁵⁵. Em tópicos anteriores, como fundamento, já foi exposto que a severidade da sanção penal não se relaciona com a dissuasão ou diminuição da criminalidade. Logo, no exemplo brasileiro onde a privação de liberdade é a pena mais severa, em uma análise econômica, apenas faria sentido o alargamento do uso da restrição de liberdade se o apenado pudesse gerar renda equivalente aos custos de sua manutenção durante o tempo de sua permanência no cárcere.

²⁵⁵ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.*, p. 514.

Pondera-se que um sistema legal eficiente não fará uso de prisão. Os réus que podem pagar multas serão multados, pois as multas são mais eficientes que o cárcere. Os réus que não puderem pagar multas serão privados de certos direitos, com probabilidades escalonadas para a gravidade do injusto penal²⁵⁶.

A estratégia de aumento do custo da realização de delito através do encarceramento é adotada em grande escala. Em uma verificação do Código Penal Brasileiro em seus capítulos sobre os crimes contra o patrimônio (*Título II – Dos Crimes contra o Patrimônio: art. 155 ao 183*), dos 27 tipos penais dispostos, 13 são punidos com a pena de reclusão.

Através de estudo realizado no Brasil sobre o crime de homicídio, não restou demonstrado que o encarceramento como forma de aumento do custo na decisão da prática delituosa tenha real influência na dissuasão ou na efetiva redução da taxa de homicídios cometidos. Para tanto, foi verificado empiricamente se existe o efeito encarceramento sobre homicidas no país, sendo avaliada a relação entre o número de indivíduos presos e condenados por homicídio ou latrocínio e as taxas de homicídios²⁵⁷.

Escorado no direcionamento econômico, assim, nenhuma penalidade será usada se existir outra penalidade que seja igualmente *ótima*, ou seja, que cumpra seu papel penalizador sem piorar a condição do sentenciado, já que sempre podemos tornar o sistema mais eficiente substituindo a maior penalidade em uma menor probabilidade de imposição. Este fato revela que os formuladores de políticas podem buscar maneiras de aumentar a capacidade dos ofensores de pagar multas e incentivar medidas alternativas ao cárcere através de legislações eficientes.

²⁵⁶ Cf. FRIEDMAN, David D. *op. cit.*, p. 236.

²⁵⁷ Em GAULEZ, Maiara Patti; FERRO, Andrea Rodrigues; MOREIRA, Gustavo Carvalho. O efeito do encarceramento de homicidas sobre a taxa de homicídios no Brasil. In: **Economic Analysis of Law Review**. v. 9, nº 2, p. 288-307, maio-agosto, 2018.

Sempre que ocorrer a redução de custos (custos de sofrimento humano, da possibilidade de dessocialização e o custo estritamente econômico da manutenção da prisão) e se mantivesse o nível de dissuasão, haveria certa racionalidade econômica em proporcionar o incremento de penas alternativas ao confinamento. Desta maneira, após a sondagem econômica acerca das penas e suas finalidades, busca-se a hipótese de configuração de sanções penais *ótimas*.

3.3 Possibilidade de sanções penais ótimas no Código Penal Brasileiro

As sanções penais *ótimas* envolvem a minimização do custo na determinação dos ofensores, cujos benefícios potenciais são menores do que os danos sociais prováveis do ato. Como o benefício privado esperado de um delito diminui à medida que a probabilidade e a magnitude das sanções aumentam, os protagonistas do delito que imporem mais danos do que seu ganho será dissuadido. A dissuasão ocorre assim quando as probabilidades e magnitudes de sanção são menores do que o custo social do crime, porque o benefício esperado do ator é dirigido abaixo do dano esperado²⁵⁸. Portanto, uma sanção pena *ótima* iguala a responsabilidade do infrator com o dano social marginal de sua conduta.

Para *Becker*, o custo social da punição é o custo para os infratores mais o custo ou menos o ganho para os outros. O autor foi o grande defensor das penas de multas como uma forma de sanção penal *ótima* e se posicionou a favor destas afirmando produzem um ganho que iguala o custo aos infratores, pois não haveria custos de coleta, e, sendo assim, os custos sociais das multas seriam nulos, tais como um pagamento feito via transferência. O custo social do encarceramento, no entanto, geralmente excede o dos infratores, porque os outros atores também são afetados pela imposição da penalidade.²⁵⁹

²⁵⁸ KRAMMER, Samuel. *op. cit.*, p. 407.

²⁵⁹ Cf. BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**, p. 13.

Neste contexto, pode-se verificar a hipótese de penas que possam se apresentar como eficientes e os benefícios das sanções penais diversas da privação de liberdade.

3.3.1 As penas restritivas de direitos e penas de multa: Uma possibilidade ótima para sanções penais

As sanções baseadas em incentivos que refletem mudanças no benefício privado do infrator, ao invés de danos sociais, propõem respostas do lado da oferta para a questão de mercado do nível ótimo de sanções criminais. Os ofensores racionais “fornecem” delitos onde o benefício privado esperado excede o custo privado esperado. A “demanda” da sociedade por ofensas é negativa; está disposta a pagar um preço para impedir o fornecimento de ofensas. A sociedade preferiria que nenhum injusto penal fosse cometido, mas não está disposta a pagar por um nível nulo de atividade criminosa. *Becker* destacou que não se pretende buscar a redução à zero da taxa de criminalidade, mas sim delimitar um nível ótimo de convivência e consenso entre a sociedade e potenciais infratores e seus delitos²⁶⁰.

As sanções baseadas em incentivos parecem ser um preço para a permissão de cometer uma ofensa. O benefício privado do infrator (quanto ele valoriza a ofensa) é estruturado para ser menor que seu custo privado (o preço da ofensa), desde que o preço não exceda o custo social da ofensa. Os infratores cujo benefício esperado excede o custo social do delito pagam o preço pelo delito sofrendo sanções porque valorizam o delito acima de seu custo.

Ao contrário das aparências, as sanções baseadas em incentivos não são preços para a permissão de cometer ofensas, mas são incentivos para que se evite fazer o que é proibido. Sanções graduais tradicionais

²⁶⁰ BECKER, Gary. *op. cit.* p. 45.

que refletem mudanças nas infrações de preços de danos sociais. Essas sanções exigem que um ofensor internalize o dano social externo que ele impõe. Enquanto o ofensor pagar pelo dano social que seu ato impõe, as sanções tradicionais não fazem mais do que cobrar aquele preço. Assim, os infratores cujo benefício privado não seja paralelo ao dano social cometerão delitos capazes de serem dissuadidos quando houver um benefício marginal para cometer o delito que exceda o dano social imposto.

Sanções que refletem mudanças no benefício privado do infrator são amplamente independentes de danos sociais. As sanções baseadas em incentivos não exigem a internalização de externalidades impostas pela ofensa. Em vez disso, essas sanções servem como diretrizes para manter o benefício privado do ofensor abaixo de seu custo privado. Quando os preços permitem que as infrações sejam cometidas enquanto elas são pagas (os danos sociais são internalizados), os incentivos tornam as ofensas indesejáveis para compra. As sanções baseadas em incentivos são penalidades ameaçadas por cometer ofensas que raramente valem a pena para o infrator²⁶¹.

Com isso, penas alternativas²⁶² ao cárcere se apresentam como formas eficientes de aplicação de sanções penais. Restringir direitos e aplicação de multas, fundado no aspecto econômico até aqui investigado, podem ser possibilidades de penas eficientes baseadas em baixas alocações de recursos para sua aplicação.

Uma punição *ótima* pode se caracterizar através da certeza de sua aplicação associada a restrição de direitos ou multa (ou ambas). Desta forma, esquiva-se do postulado econômico onde a sanção penal deve ser equivalente ao dano causado, pois, através disso, fecha-se o leque da severidade da pena e penas capitais. Como exemplos: pena pecuniária cumulativa nos crimes patrimoniais equivalente ao dobro do

²⁶¹ Cf. KRAMMER, Samuel. *op. cit.*, p. 415 e ss.

²⁶² Para um maior aprofundamento, ver PAVARINI, Massimo. ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?. In: **Delito y Sociedad**. vol. 1, n. 2, 2003, p. 75-85.

benefício patrimonial obtido; restrição do direito de dirigir equivalente ao dobro do tempo de recuperação da vítima da lesão de trânsito; perda de habilitação no homicídio trânsito; interdição permanentemente de composição e participação em corpo deliberativo de pessoa jurídica.

Até aqui se apresentou como eficiente as sanções penais têm influência na diminuição do ganho com a prática do injusto penal, possuindo contornos de dissuasão. Entretanto, o grande desafio é dissuadir a prática de delitos com o menor custo possível.

As penas de multas encaixam-se em uma hipótese de uma punição *ótima*. Nas linhas escritas por *Becker*, os objetivos da pena são minimizar a perda social e os lucros dos potenciais ofensores e não promover a vingança ou infligir danos aos ofensores²⁶³. Especificamente no tocante as penas de multa, estas podem ser iguais ou maiores do que o dano causado, por possuírem o condão de ataque específico ao patrimônio do ofensor. O benefício das penas de multas na dissuasão é que tais penas podem desencorajar os potenciais ofensores racionais em sua busca pelos objetivos clássicos dos crimes patrimoniais e econômicos.

Neste sentido, as penas de multa para aqueles que detém grande capital podem conferir maior nível de dissuasão, pois estes, racionalmente, possuem maiores planejamentos na prática de injustos penais típicos. Se o objetivo maximizador destes indivíduos é o máximo de acúmulo de capital, as multas podem ser grandes modificadoras na equação *custo-benefício* da decisão racional do engajamento ao crime. *Becker* afirmou que a mera possibilidade da aplicação desta sanção penal, por haver a investida ao patrimônio do ofensor, pode ser mais dissuasiva do que segregar este indivíduo racional, o qual, em tese, teria mais apreço ao seu capital do que a sua própria liberdade²⁶⁴. Através dos ditames a econômicos aplicados as penas, o pagamento de pena de multa seria uma transação monetária potestativa imposta ao ofensor, em

²⁶³ BECKER, Gary. *op. cit.*, p. 30.

²⁶⁴ Cf. BECKER, Gary. *op. cit.*, p. 30.

atenção ao ingresso no mercado do crime.

Como já dito nos tópicos pretéritos, é reconhecido que a maioria daqueles que comentem injustos penais típicos no Brasil não são possuidores de capital suficiente para serem dissuadidos por penas de multas²⁶⁵. Desta forma, as penas restritivas de direitos também podem ser alternativas *ótimas* de sanções penais.

Sob o foco econômico, o cenário das penas restritivas de direitos se encaixa em uma alocação de recursos eficiente, ou seja, em atenção aos recursos disponíveis para aplicação de sanções penais, seu objetivo dissuasório e o alto custo econômico e social da pena privação de liberdade, restringir certos direitos do ofensor pode ser alternativa viável em resposta à ofensa cometida.

Em termos de dissuasão, as restrições de direitos descritas no Código Penal Brasileiro são possibilidades e modernas tendências de aplicações de sanções penais frente ao modelo clássico da severidade da reprimenda penal, pois, em caso de descumprimento das restrições impostas, converte-se à privação de liberdade, mantendo desta forma sua finalidade de prevenção geral.

As penas restritivas de direitos são dotadas de sua função reeducativa e como forma de prevenção de delitos futuros, entretanto, com custos reduzidos e contornos de racionalidade econômica, pois, como sabido, também são penas impostas por ofensas cometidas e incutem no ofensor o aumento do risco e do custo em prejuízo do benefício esperado com a benesse advinda.

A racionalidade se traduz em sanções penais *ótimas* quando estas equilibram a possibilidade de não piorar a condição do ofensor com a necessidade da resposta ao injusto penal cometido. O emprego de alternativas a pena privativa de liberdade vai de encontro à concepção

²⁶⁵ Sugere-se a leitura de BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no estado democrático de direito brasileiro. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 21, n. 41, p. 01-31, 2018.

estritamente retributiva, sendo que as violações da lei penal podem ser punidas com medidas diferenciadas, mantendo sua finalidade preventiva e dissuasória, com vias alternativas ao cárcere.

As penas de multas e restrições de direitos podem se relacionar com os benefícios oriundos com a prática do injusto penal típico e, em uma hipótese analítica, a pena seria fixada de forma monetária, e não em forma de unidade de tempo, como é praxe em sentenças criminais. Pensando de forma economicamente racional, o invés da utilização de unidades temporais (meses, anos, dias), poderia ser possível a utilização de unidades monetárias na fixação da pena (valores, bens, lucros, reaprações de danos).

As penas alternativas possuem os contornos de dissuasão e resposta social pelo injusto penal típico cometido, bem como podem compensar o estado e o ofendido como forma de punição.

Desta forma, no escopo econômico, penalidades alternativas à privação de liberdade se apresentam como sanções penais *ótimas*, pois são penas com baixo custo de aplicação e mantêm a meta de dissuasão e prevenção de delitos futuros, com a preocupação de não agravar a condição do ofensor, melhorando sua condição de cumprimento da pena imposta através da ressocialização e menor incidência do estigma do confinamento.

3.4 Conclusões Parciais

Com a análise das bases estruturantes da Análise Econômica do Direito Penal e possibilidade da atração da sanção penal e o equilíbrio necessário na aplicação da reprimenda, com o intuito máximo de prevenção da atividade criminosa, as conclusões parciais visam condensar os entendimentos pretéritos versados até aqui:

a) A harmonia entre o Direito Penal e a Economia distanciou o pré-julgamento e dissabor acadêmico existente quando do ventilar da ingerência de preceitos econômicos ao campo criminal, feito através da possibilidade da aplicação do ferramental econômico no olhar ao crime, ao criminoso e as sanções penais, ampliando o entendimento da senda criminal sob outra ótica teórica, portanto, é possível dizer, por um lado, que existem modelos de análise econômica que se fazem pertinentes quando da busca de alternativas racionais para o exercício punitivo. Por outro ângulo, assume-se que a apresentação de nova contribuição teórica, mesmo que em uma vertente econômica e de racionalidade, não afronta os princípios norteadores do Direito Penal, estes inegociáveis para todo o sempre.

b) A análise *custo-benefício* realizada pelo ofensor no momento da decisão da incursão na conduta proibida poderá ser verificada de forma restritiva, ou seja, em depuração do caso concreto, delimitando, assim, o decisor racional como aquele que, detentor das informações *afirmativas* (possível benefício auferido com a ação) e *negativas* (o custo envolvido na ação, tais como a probabilidade de prisão, os custos com advogado, etc.) decide de forma racional, livre e consciente, praticar condutas em afronta as normas incriminadoras.

c) A sanção penal tem sua finalidade enquanto modelo de dissuasão da decisão da prática criminosa, levando o indivíduo a sopesar o *custo-benefício*, emergindo a possibilidade de alteração do comportamento do *ofensor/decisor* racional no momento da deliberação para a ação juridicamente reprovada.

d) É possível observar que muitas frentes teóricas oriundas da *Criminal Law and Economics* entendem pela severidade e aumento quantitativo da sanção penal como forma de alteração comportamental do indivíduo, contudo, no contexto brasileiro, onde revelado que aumento da reprimenda não se mostrou razoável estatisticamente para a diminuição da prática de delitos, tem-se que a *certeza da punição*, ou seja, o pleno conhecimento da firmeza jurisdicional desde sua formação de base na prevenção, investigação, inteligência, duração razoável da ação penal e aplicação da reprimenda, independente da quantidade desta, se mostra possível como método de dissuasão, causando o efeito desejado no agente em afastá-lo da senda criminosa.

4

**PROPOSTA DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES PENAIS ÓTIMAS
ANTE A CRIMINALIDADE ECONÔMICA**

Após as premissas necessárias nos capítulos antecedentes, amoldam-se com pertinência ser cabíveis condições para as reprimendas penais em enfrentamento a latente criminalidade econômica, tais como: a hipótese de combinação de sanções penais com multas, sanções penais monetárias (multas criminais)²⁶⁶ e, em certos casos, as medidas de segurança para os entes empresariais.

4.1 As medidas de segurança como possível sanção penal ótima para delitos cometidos por pessoas jurídicas

A *Análise Econômica do Direito Penal*, nos delitos praticados por pessoas jurídicas, sugere a pena de multa e as medidas de segurança como possíveis consequências jurídicas pelo cometimento do crime, com custos baixos na sua aplicação. Os teóricos da *Criminal Law and Economics* fundamentam suas propostas com base na questão da efetividade do uso do aparato de responsabilização penal e na eficiência da sanção penal.

Os doutrinadores da *Criminal Law and Economics* que estudam o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica preocupam-se em examinar em que medida sua aplicação satisfaz os pressupostos indicados para a responsabilização pela via penal.²⁶⁷ Uma vez presentes

²⁶⁶ RAMOS, Samuel Ebel Braga; BOTELHO, Martinho Martins. **Análise Econômica Do Direito Penal: Uma Abordagem Para Uma Possível Pena Ótima.** *Economics Analysis of Law Review*. V. 10, no 3, p.191-204, Set-Dez, 2019, p. 203.

²⁶⁷ Em linhas gerais, a justificação para que uma conduta deva ser reputada como ilícito penal pela *Law and Economics* constrói-se sobre os seguintes pressupostos, que devem estar presentes de modo cumulativo na maior parte dos casos: (i) a conduta praticada é acompanhada de intenção de produzir benefícios para o agente, obtidos mediante a imposição de danos à sociedade. O elemento intencional associado ao aspecto da imposição de danos apenas à sociedade justifica que a conduta seja proibida; (ii) o dano concreto ou potencial (caso dos crimes de perigo) resultante da conduta não é passível de reparação seja pela incomensurabilidade da natureza do dano (como o crime contra a vida), seja pela dificuldade de identificar o conjunto de vítimas

tais pressupostos, a ordem seguinte de questionamentos dá-se em torno de avaliar se o nível de punição imposto pela sanção é adequado ou não a padrões ótimos.

Deve-se, também, pensar nas consequências de penalidades em desconformidade com a realidade do infrator. O resultado provável da punição excessiva é a diminuição na quantidade de produtos e serviços oferecidos à sociedade, com a consequente elevação de preços e incapacidade de atender a uma parcela da demanda existente. Dessa forma, as multas podem impor um custo indesejado para a atividade econômica da pessoa jurídica, à margem da possibilidade de uma sanção penal eficaz na dissuasão da atividade criminosa²⁶⁸. Acrescenta-se, também, que a ausência de análise das possíveis consequências jurídicas ao delito cometido por pessoas jurídicas pode acarretar a inviabilidade da atividade empresarial e, por ricochete, atingir naqueles que dependem destas atividades, tais como empregados e fornecedores.

afetadas pela conduta e, portanto titulares do direito de reparação; (iii) a probabilidade de identificação e/ou captura do agente é maior que zero; (iv) a probabilidade de que as vítimas não ajuizarão uma ação judicial contra o agente é maior que zero seja pela dificuldade de se organizarem, como também pela dificuldade de reunirem provas contra o agente. É importante notar que no sistema jurídico dos EUA, tanto as sanções penais quanto as civis podem assumir a função punitiva. Esta caracteriza a figura dos *punitive damages* impostas por via das ações judiciais de natureza civil. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil punitiva, desenvolvida pela jurisprudência, limita-se à responsabilidade por danos morais, sendo possível afirmar-se ainda hoje que a punição é função desempenhada primordialmente pela sanção penal (ULEN, Thomas S. The economics of corporate criminal liability. **Managerial and Decision Economics**, v. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, p. 351-362, 1996, p. 13. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

²⁶⁸ RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal: Uma abordagem para uma passível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p. 115-138, jan./jun. 2018.

Neste passo, *as medidas de segurança*²⁶⁹ se amoldam como sanção penal possível para as pessoas jurídicas. Sob o viés econômico, as medidas de segurança não possuem custos elevados, ou seja, não dependem de dotação orçamentária ou custos marginais, como a construção de presídios e ônus com guarda de presos.

As medidas de segurança têm sido utilizadas em vários ordenamentos jurídicos²⁷⁰ como forma de sanção penal para as pessoas jurídicas. As medidas com maior frequência utilizadas são confisco de ativos, cancelamento de licença de funcionamento, publicidade de sentenças judiciais, impedimento de financiamentos e contratos com a administração pública.

Sendo a sanção penal como a resposta estatal à prática delitiva que visa reprimir aquele que praticou um delito e a prevenir a ocorrência de novas infrações penais, as medidas de segurança se apresentam como eficientes neste quesito, pois impõem a devida resposta estatal com a utilização de menos recursos – pessoal, financeiro, estrutural.

Tendo como pressupostos ou requisitos para a aplicação de medidas de segurança a prática de um fato típico punível e a periculosidade do agente, tem-se que tais medidas se apresentam viáveis como consequência jurídica pela prática de delitos cometidos por pessoas jurídicas.

269 “O fundamento da aplicação de pena é a culpabilidade; a medida de segurança tem natureza eminentemente preventiva e fundamenta-se na periculosidade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 703. v. 1).

²⁷⁰ Medidas de segurança para delitos praticados por pessoas jurídicas: *Código Penal Turco*, Art. 60; *República de Montenegro* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 28; *República Sérvia* - Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 23; *República da Croácia* - Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 15.

Ou seja, a finalidade da medida de segurança é exclusivamente preventiva²⁷¹, com o fim de *impor “tratamento especial”* para a pessoa jurídica que cometeu o fato típico penal. Demonstrada a sua periculosidade, a sanção penal emerge no intuito de serem evitadas²⁷² novas ações ilícitas praticadas pelas corporações.

Em termos práticos, o confisco de bens de uma pessoa jurídica, a publicidade de uma sentença criminal ou a cassação/renovação compulsória da licença de funcionamento de uma pessoa jurídica condenada criminalmente não impõem ao Estado custos exagerados na aplicação da sanção penal. Em um primeiro momento, tais sanções não impedem a empresa na continuidade de suas atividades, viabilizando a manutenção de empregos e o fomento econômico.

Assim como os indivíduos procuram maximizar seus resultados, sujeitos às restrições que lhes são impostas, o Estado procura maximizar sua utilidade. E à luz dos custos associados à aplicação da lei, a função de utilidade do Estado pode ser formulada de forma a minimizar os custos globais esperados de crime e sua prevenção (ao conseguir uma dissuasão ótima em vez de máxima).

Mais uma vez, vem à tona as *medidas de segurança* como sanção penal ótima para os delitos praticados por pessoas jurídicas. Se o intuito da aproximação entre o Direito Penal e a Economia é elevar o resultado da prevenção do crime através da análise do comportamento do agente criminoso, tem-se que estas medidas se mostram possíveis como forma de dissuadir a empresa da prática delituosa, pela certeza da aplicação da sanção.

Assim, as *medidas de segurança* possuem custo baixo para o Estado quando da aplicação de sanção penal para pessoas jurídicas, em convergência com a máxima efetividade dos recursos empregados.

²⁷¹ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 702 e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 653.

²⁷² “[...] e a medida de segurança, associada à periculosidade e *voltada para o futuro*”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 813.

Com efeito, de acordo com a *Análise Econômica do Direito Penal*, o objeto do aparelho de Direito Penal não é eliminar completamente o crime – não é para dissuadir completamente pessoas jurídicas de se dedicarem a atividades criminosas –, mas, em vez disso, *alcançar uma solução ótima nível de crime e dissuasão, bem como aumentar o custo esperado para a prática da atividade ilícita, através da certeza da aplicação da pena.*

Portanto, somente está legitimado o emprego de penas que servem à efetiva preservação da convivência social; que respeitem a dignidade da pessoa humana; que são aplicadas atendendo a critérios de igualdade; que resultam proporcionais à gravidade das agressões; que são estabelecidas atendendo critérios de merecimento, proporcionalidade etc²⁷³.

Ao estabelecer uma sanção penal em um nível ótimo, de acordo com a gravidade e o potencial financeiro do agente criminoso, por conseguinte, estará se buscando o equilíbrio entre o custo marginal da aplicação da pena e a eficácia na dissuasão da prática criminosa – *premissa da Análise Econômica do Direito Penal: maximização dos resultados com redução de custos para o Estado e dissuasão da vontade do agente na incursão na atividade criminosa das pessoas jurídicas.*

4.2 Viabilidade econômica da medida de segurança

Cumprе аcentuar que no âmbito empresarial o agente possui alto grau de racionalidade e calcula a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado²⁷⁴. O custo marginal²⁷⁵ muitas

²⁷³ *Ibid.*, p. 04.

²⁷⁴ Sobre esta prática racional presente no corpo das pessoas jurídicas, Silva Sanchez e Lorena Varela afirmam que se deve ter cuidado e prestar atenção no momento de tomada de decisões por parte de seu centro decisório, evitando-se, assim, a influência dos vieses cognitivos e heurísticas, concorrendo para os atos prudentes através do devido cuidado. Em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. **Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo.** In: *Fundamentos del derecho penal de la Empresa*. 2 ed. cap. V, Madrid: Edisofer, 2016, p. 265.

²⁷⁵ O criminoso racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro líquido, que é o

vezes é internalizado pela empresa, exercendo suas funções de maneira a incorporar o possível custo da pena a ser aplicada.

De outro turno, uma sanção penal para os delitos praticados pelas pessoas jurídicas – *em um olhar econômico* – também deve levar em consideração seu caráter inibidor. Deve uma punição estar relacionada ao prejuízo causado pelo cometimento do crime. Neste sentido, Silva Sánchez percebeu que seria necessário tornar os custos da penalização inferiores aos custos da tolerância do delito. Segundo ele, os custos do delito para o delinquente não são dados diretamente pela gravidade da pena. Se assim fosse, o único elemento de controle das taxas do delito seria o aumento ou diminuição dessa gravidade²⁷⁶.

O princípio básico por trás da visão econômica das sanções legalmente impostas é garantir que aqueles que violam a lei internalizem as externalidades que impõem aos outros. Várias questões surgem neste contexto: (1) qual é o tamanho da externalidade, (2) sobre quem a penalidade deve ser imposta, e (3) se a penalidade deve tomar a forma de sanções criminais ou civis ou possivelmente apenas através da perda de reputação²⁷⁷.

retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada. Em COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *op. cit.*, p. 478.

²⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39.

²⁷⁷ JUNIOR, John R. Lott. Corporate Criminal Liability. In **Encyclopedia of Law and Economics**. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 493.

Os custos da punição²⁷⁸ incluem todas as sanções formais e informais, bem como os custos pecuniários decorrentes de processos judiciais (perda de rendimentos e honorários advocatícios). As sanções formais incluem multas, várias formas de encarceramento e assim por diante. As sanções relacionadas ao estigma social causado por prisão e sanções formais devem ser adicionadas. O incômodo associado ao comparecimento ao tribunal e as reações do empregador, da família e dos amigos podem ter um efeito mais forte do que as sanções tradicionais.

Os economistas adpetos à escola *Law and Economics* sugerem que uma sanção penal deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. Não se nega que os crimes praticados pela pessoa jurídica possuam contornos de um crime racional, ou seja, o *decisor racional*²⁷⁹ leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato criminoso²⁸⁰. Busca-se, então, uma forma de sanção penal que se

²⁷⁸ Para aprofundar o tema, a Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos vinculada à Presidência da República publicou em junho do ano de 2018 o Relatório de Conjuntura: Os custos econômicos da criminalidade no Brasil, onde desenvolve uma metodologia para estimar os custos econômicos no período compreendido entre 1996-2015. No escopo deste relatório, os custos econômicos da criminalidade podem ser sumarizados em seis categorias, cada uma delas diretamente influenciada por decisões de desenho de política pública: (a) custos de segurança pública e privada; (b) custos de encarceramento; (c) custos de danos materiais e seguros; (d) custos de perda produtiva; (e) custos com processos judiciais; e (f) custos dos serviços médicos e terapêuticos. Não estão incluídos no escopo deste relatório: os custos das agências militares e de inteligência; os efeitos indiretos sobre investimento em capital físico e humano; as perdas intangíveis com dor, sofrimento psicológico e qualidade de vida. As principais conclusões deste relatório são que os custos econômicos da criminalidade são substanciais, orbitando ao redor de 4% do PIB brasileiro. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/relatorios-de-conjuntura/custos_economicos_criminalidade_brasil.pdf/view>.

²⁷⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *op. cit.*, p. 476.

²⁸⁰ Sob o vies econômico, há uma associação entre crimes e danos: “Since almost all crimes are also torts, there is really no such thing as a boundary between tort law and criminal law. The correct description of the separation between doctrines is that the categories of socially undesirable and market- bypassing conduct describe areas in which tort and criminal law co-exist, while the category of potentially socially desirable conduct is one to which tort law alone

apresente como eficiente na reprimenda penal, em atenção ao custo/benefício nela empregados.

Sob o viés econômico, as medidas de segurança se amoldam possíveis, pois não possuem custos elevados para sua aplicação. De forma a exemplificar, e em uma visão inicial, tem-se que medidas de segurança aplicáveis para as pessoas jurídicas tais como a incapacitação em contratar com o poder público e o acompanhamento de um gestor indicado pelo magistrado de suas atividades, em tese, não requerem a dispensa de valores consideráveis para sua efetivação, ou seja, não dependem de dotação orçamentária elevada ou custos marginais, como a construção de presídios e ônus na guarda de apenados²⁸¹.

4.3 Apresentação e crítica sobre o estigma e a pena de shame enquanto reprimendas penais nos delitos econômicos

Pensa-se no seguinte exemplo: um indivíduo é condenado por desviar dinheiro do seu empregador. Uma das consequências prováveis é receber uma sanção penal. Uma consequência marginal é que, quando este indivíduo o qual recebeu uma pena tentar entrar no mercado de trabalho, suas excelentes qualificações não lhe oferecem nenhuma oferta de emprego. Seu castigo é oriundo de uma sentença condenatória e o estigma é o custo do conhecimento de outras pessoas sobre sua ofensa cometida.

applies.” HYLTON, Keith N. **The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law**. Boston University School of Law. Working Paper nº. 02-17, January 2005, p. 184.

²⁸¹ RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo. **J. Security Measures as a legal consequence of the crime committed by legal entities**. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís. (Org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III Seminário Brasil-Alemanha. 1ªed. Tirant lo Blanch, 2020.

O estigma é, enquanto hipótese, uma punição real²⁸². O economista *John Lott* fez dois estudos empíricos sobre seu tamanho, um sobre ofensores de colarinho branco e outro sobre corporações encarregadas de enganar seus clientes. O primeiro estudo concluiu que a perda de renda após a condenação constituía uma parte substancial da punição total. O segundo constatou que a perda no valor corporativo, medida pelo valor das ações, devido ao estigma, era muitas vezes maior que a punição nominal²⁸³.

John Lott pesquisou a perda devido ao estigma. O autor analisou o preço das ações das empresas acusadas de ofensas contra seus clientes. Usando uma regressão múltipla, ele calculou como, no passado, o preço das ações de cada empresa havia sido relacionado a outras variáveis, como o preço das ações de outras empresas do mesmo setor. Previu o autor, a partir da revisão, o que a empresa deveria ter valido logo após as acusações, comparando-a com o valor real de suas ações, e interpretou a diferença como a perda do valor da empresa devido aos encargos. A perda que ele encontrou foi, em média, muitas vezes maior do que a multa mais alta que seria imposta se as acusações se revelassem verdadeiras. Ele concluiu que a maior parte da perda era devida não à perspectiva de pagar uma multa, mas à perda de reputação. A verdadeira função do processo judicial não era punir diretamente, mas gerar informações à sociedade²⁸⁴.

²⁸² Cf. KAHAN, Dan M.; POSNER, Eric A. Shaming white-collar criminals: A proposal for reform of the federal sentencing guidelines. In: **Journal of Law & Economics**. v. 42. n. s1, p. 365-392, 1999.

²⁸³ Cf. LOTT JR., John R.; MUSTARD, David. B. **Crime, deterrence, and right-to-carry concealed handguns**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper n. 41, 1996; LOTT JR., John R. Criminal Corporate Liability. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), In: **Encyclopedia of Law and Economics**. vol V. The Economics of Crime and Litigation, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

²⁸⁴ Cf. LOTT JR., John R. **Criminal Corporate Liability**, p. 495 e ss.

David Friedman demonstra alguns exemplos e mostra que o estigma difere de outras punições de pelo menos duas maneiras. A primeira é que, ao contrário de todas as outras punições, ela pode e geralmente tem um custo líquido negativo. Para provar isso, o autor propõe uma situação fática onde, “primeiro, seja condenado por peculato e cumpra o seu mandato. Em seguida, dirija-se a um possível empregador e diga-lhe que percebe que ele reluta em contratar um fraudador condenado como tesoureiro da empresa, mas valerá a pena concordando em trabalhar por um salário menor do que outros candidatos ao cargo. Se você pode concordar com um salário, você demonstrou que o valor para você de conseguir o emprego foi mais do que o custo para ele de dar a você. Se, como eu acho mais provável, não há salário que ele vai oferecer e você aceita, você demonstrou que o custo para ele de ter um peculato como tesoureiro é mais do que o valor para você de conseguir o emprego”²⁸⁵.

O estigma é informação, e a informação é, com raras exceções, valiosa, pois permite que as pessoas façam escolhas mais próximas das corretas. O conhecimento de que você é um ofensor é valioso para potenciais empregadores e para a sociedade. Assim, o estigma pode ser, e muitas vezes é, uma forma de punição com custo líquido negativo, que beneficia mais as pessoas do que mágoa (ou machuca) a pessoa que está sendo punida²⁸⁶.

O estigma tem outra característica especial: o fato de que a condenação criminal e aplicação de sanções penais dá origem nas informações negativas e que a condenação civil geralmente não impõe estigma²⁸⁷. Portanto, o estigma poderá ser objeto de análise em estudos futuros por se amoldar como forma de imposição de punição, mesmo que de forma indesejada e não inclusa no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁸⁵ FRIEDMAN, David D. *op. cit.*, p. 231.

²⁸⁶ FRIEDMAN, David D. *op. cit.*, p. 231.

²⁸⁷ FRIEDMAN, David D. *op. cit.*, p. 231-232.

Por outro lado, a pena de vergonha (*Shame*) é o processo pelo qual os cidadãos chamam, pública e conscientemente, a atenção para as más disposições ou ações de um ofensor, como uma forma de puni-lo por ter essas disposições ou se engajar nessas atividades. *John Owens* apresenta quatro variantes de *vergonha* que fornecem dissuasão suficiente para criminosos de colarinho branco, por exemplo. Em primeiro lugar, a publicidade estigmatizante inclui penalidades que tentam ampliar a humilhação inerente à convicção comunicando o status do ofensor a um público mais amplo. A publicação de identidades em jornais locais é um exemplo dessa primeira categoria. A estigmatização envolveria a estampagem de um ofensor com uma marca ou símbolo que convida ao ridículo. Terceiro, a auto-depreciação diz respeito a cerimônias ou rituais que desgraça publicamente o ofensor. A exigência de que os ofensores na criminalidade econômica devolvessem o dinheiro de forma pública exemplifica essa variante. Por fim, a aplicação da pena de *shame* envolveria uma descrição do crime e um pedido público de desculpas, como um executivo se desculpando pela poluição de um rio local por sua empresa.²⁸⁸

Neste pensamento, a pena de shame seria, em mera hipótese, preferível ao encarceramento devido à sua eficiência. Tem-se que os ofensores oriundos da criminalidade econômica não representam ameaças físicas aos outros: a ameaça que representam consiste na sua capacidade de técnica no cometimento de delitos que envolvam dinheiro e maximização de lucro financeiro. Através da *vergonha*, o ofensor de colarinho branco terá sua imagem exposta e todos saberão de sua índole, causando enorme prejuízo. Ainda, o ofensor poderia ser incapacitado do cometimento de delitos futuros, pois a sociedade em geral o evitará enquanto agente financeiro. Assim, seria como se o ofensor estivesse no cárcere. Além disso, as opções tradicionais de sanções penais como a prisão acarretam custos sociais e financeiros muito mais elevados do que o *shaming*.

²⁸⁸ OWENS, John B. Have We No Shame?: Thoughts on Shaming, “White Collar” Criminals, and the Federal Sentencing Guidelines. In: **American University Law Review**. vol. 49, article 2, 2000, p. 1049

Finalmente, o dano à reputação de um ofensor é também o motivo pelo qual a vergonha é seria igualmente eficaz que as multas monetárias. Mesmo que um Réu frequentemente possa pagar multas e continuar seus negócios, a vergonha destrói diretamente um bem que a multa não pode destruir: a reputação do infrator²⁸⁹.

Com isto, tem-se que a pena de shame²⁹⁰ focaria na reputação do ofensor, publicizando os delitos praticados, em especial os delitos econômicos e oriundos da pessoa jurídica, como forma de dissuasão futura da prática de crimes²⁹¹.

Contudo, pontua-se um firme contraponto necessário para este modelo de reprimendas penais.

No contexto brasileiro, a *lei anticorrupção*²⁹² já delimitou a possibilidade de uma espécie de “*vergonha*” atribuída ao ente empresarial como forma de imposição de sanção administrativa. Trata-se da publicização da sentença em veículos de grande circulação. O art. 6, §5, da citada lei, determina que “*a publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores*”

²⁸⁹ OWENS, John B. *op. cit.* p. 1050.

²⁹⁰ No contexto brasileiro, recomenda-se a leitura do seminal artigo de SCANDELARI, Gustavo Britta; POZZOBOM, Roberson Henrique. **Shaming como uma via de sanção criminal para as pessoas jurídicas no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM, n. 151, jan/2019.

²⁹¹ Ver BRAITHWAITE, John & FISSE, Brent. **The impact of publicity on corporate offenders**. Canberra, 1984.

²⁹² BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 - Lei anticorrupção**. Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: (...) II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

A utilização dessa modalidade, como exemplo, se deu no Estado do Paraná em imposição as concessionárias que administram trechos da rodovia, como parte integrante do acordo de leniência firmado entre Ministério Público Federal e as concessionárias do Estado. O ato se fez através da instalação de placas com pedidos de desculpas, entrega de folders e publicação em jornais²⁹³.

Entretanto, neste contexto, a pena de *shame* foi absorvida de forma a não haver grande ingerência na atividade empresarial. Contudo, a vergonha imposta para determinados seguimentos pode ser equiparado a pena de morte empresarial, devido a enorme mácula na imagem da empresa.

Pensa-se, assim, em pequenas e médias empresas – ou até mesmo empresas de constituição una, como o modelo de micro empreendedor individual (MEI) – as quais serão severamente atingidas por uma publicação na rede mundial de computadores, por exemplo. A mácula deste tipo de sanção poderá ser a gênese da dissolução inevitável do ente empresarial. No contexto de uma MEI, poderá ocorrer o perigoso contágio da sanção penal imposta ao seio empresarial transpassada à pessoa física do empresário, ferindo de morte a intrancendência e personalidade da pena, consagrada no art. 5º, XLV da Constituição Federal²⁹⁴.

Deste modo, o cuidado neste tipo de reprimenda penal conferida para as pessoas jurídicas deve guardar estreita relação com o princípio da culpabilidade, havendo a atenção necessária na dosimetria quando da aplicação desta modalidade de sanção penal. Multinacionais²⁹⁵ e

²⁹³ Mais em: <<https://www.catve.com/portal/noticia/6/266863/pedagio-placas-com-pedidos-de-desculpas-de-concessionaria-sao-instaladas>>. Acesso em 07.10.2020.

²⁹⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Art 5º, XLV, CF – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

²⁹⁵ Sobre pedidos de desculpas públicas, o caso *Wolksvagen* oferece um norte. Em < <https://>

microempresas são agentes distintos quando da aplicação da pena de *shame* enquanto reprimenda criminal, sendo necessária a avaliação quantitativa quando de eventual decreto condenatório.

4.4 As soluções negociadas podem ser ótimas para a efetividade da reprimenda penal?

Com o aumento de uma criminalidade complexa e organizada voltada para a prática de delitos, emergiu no sistema penal brasileiro a possibilidade dos acordos de não persecução penal²⁹⁶ e acordos de leniência²⁹⁷, este último exclusivos para entes empresariais.

istoe.com.br/presidente-da-volkswagen-pede-desculpas-a-acionistas-por-dieselgate/>. Acesso em 07.10.2020.

²⁹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.Código de Processo Penal.** Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

²⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 - Lei anticorrupção.** Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de

Deste modo, a justiça negocial toma corpo no âmbito do crime empresarial e econômico, havendo uma clara tendência de expansão da justiça negociaada no processo penal brasileiro, sob influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros e, especialmente, em resposta à morosidade dos procedimentos judiciais e a sensação de impunidade que isso tende a gerar na sociedade. Assim, na tentativa de evitar um mero reducionismo entre o certo e o errado, acreditando na possibilidade de equilíbrio entre a busca pela eficiência e o respeito às garantias fundamentais²⁹⁸.

A importância de se preservar garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direitos é indiscutível. Entretanto, fatores como o crescimento das taxas de criminalidade, custos elevados, aumento da carga de trabalho e demora na prestação jurisdicional, em grande medida relacionados aos procedimentos inerentes ao devido processo legal, têm levado a uma tendência pela busca de soluções que priorizem valores como *eficiência, celeridade e economia processual*²⁹⁹,

leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

²⁹⁸ RAMOS, Samuel Ebel Braga; BACK, Caroline Moreira. **As soluções negociadas e o processo penal brasileiro**. Revista Humus - UFMA, vol. 9, num. 27, 2019.

²⁹⁹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargain norte-americana e suas traduções no**

que se perfilham perfeitamente com os fundamentos econômicos ora apresentados.

No mesmo sentido, operadores do direito concordam com os benefícios que podem resultar da adoção de soluções negociadas, citando essas vantagens em termos de reduzir o número de processos penais, aumentando a celeridade na obtenção da prestação jurisdicional³⁰⁰; a condução para uma maior eficácia e celeridade nos processos criminais, desafogando, assim, o judiciário com o transparecer da firmeza da justiça criminal e a economia nos gastos públicos e no tempo despendido para o julgamento do acusado, com significativos ganhos para o Estado, sociedade e também para os acusados³⁰¹.

Assim, ao se elencar as vantagens que as soluções negociadas representam, emerge um ponto *ótimo* entre a imposição de reprimendas penais e os fins da pena, havendo o pleno respeito à condição do destinatário da pena, ou seja, a possibilidade de negociação qualitativa e quantitativa da sanção criminal e o exercício punitivo do estado ante a infração penal.

Três fatores parecem se destacar: *celeridade processual*, *economicidade* e a *mitigação do conflito* ao solucioná-lo, em tese, de maneira consensual. Cada um deles será discutido, a partir da perspectiva das vantagens que parecem apresentar. Inicialmente, em

âmbito da civil Law. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol 14, n.1, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em: 23.05.2019.

³⁰⁰ OLIVÉ, José Carlos Ferré. **El Plea Bargaining, o cómo pervertir La justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Junho, 2018. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 22.04.2019.

³⁰¹ Recomenda-se o aprofundamento da leitura em LOPES JR., Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?.** Boletim IBCCRIM – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 27 - no 317 - edição especial - abril/2019 e DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro.** Boletim IBCCRIM – Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 27 - no 317 - edição especial - abril/2019.

relação à celeridade processual, é certo que a justiça deve dar resposta em tempo razoável às demandas que lhe são propostas. Tal princípio, aliás, está presente na própria Constituição Federal de 1988, acrescida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, em seu artigo 5º, LXXVIII³⁰². Inegável, também, que cumprir com essa determinação constitucional é um dos grandes desafios enfrentados pelo judiciário brasileiro. Nesse sentido, *Aury Lopes Jr.* critica enfaticamente a falta de celeridade que impera na justiça criminal brasileira, ressaltando que, ao não garantir efetivamente a duração razoável do processo, o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular. Para ele, isso ocorre mesmo que não haja prisão cautelar, já que o processo por si só constitui uma pena, eis que impõe ao indivíduo o estigma e a angústia do processo penal³⁰³.

Não se cerra os olhos para *Beccaria*, que, em seu tempo, já defendeu que quanto mais rápida a aplicação da pena, mais justa e útil ela seria, bem como que a aplicação de reprimendas penais tardias e distantes do fato criminoso não se amoldam como justiça efetiva.

Assim, a possibilidade de um ponto *ótimo* entre a eficiência e a manutenção das garantias para que o processo penal não seja nem excessivamente moroso e, assim, desprovido de efetividade, tampouco se torne um meio de atender a clamores populares, a partir de uma lógica essencialmente punitivista e em descompasso com a necessária atenção aos direitos humanos e às garantias individuais, as soluções negociadas na senda criminal atendem aos fundamentos *paretianos* em na aplicação de reprimendas penais e emergem como possibilidade viável de efetividade no escopo criminal contemporâneo.

³⁰² BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º, LXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁰³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

4.5 Premissa limitadora para aplicação de sanções penais: O princípio da culpabilidade

A busca pelo equilíbrio na aplicação da sanção penal com a utilização do ferramental econômico como forma de busca de reprimendas penais *ótimas* não poderá se afastar de princípios e garantias conferidas aos acusados. Deste modo, o princípio da culpabilidade sempre será o balizador do amplo exercício punitivo estatal.

Sem que soe mera reprodução dos manuais de Direito Penal, portanto, opta-se pela condensação do tema realizado pelo Professor *Rodrigo J. Cavagnari*³⁰⁴ a qual nos pareceu mais célere e didática, servindo como conclusão lógica ao que se pretende nesta obra: *a limitação do amplo exercício punitivo e busca de sanções penais alternativas e equilibradas*.

Cavagnari ensina que a culpabilidade – como princípio de Direito Penal – revela-se em sua função político-garantista de limite ao poder punitivo³⁰⁵. Trata-se de uma referência limitadora de excessos, porque serve: (i) para evitar aplicações desmedidas de consequências delitivas; (ii) para proibir a responsabilidade penal meramente objetiva; e, (iii) para delimitar a aplicação da medida de segurança.³⁰⁶

³⁰⁴ Em artigo escrito a quatro mãos, Rodrigo J. Cavagnari exprimiu com exatidão o princípio da culpabilidade. Em RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo. J. **Security Measures as a legal consequence of the crime committed by legal entities**. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís. (Org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III Seminário Brasil-Alemanha. 1ªed. Tirant lo Blanch, 2020.

³⁰⁵ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale, Parte Generale**. 9ª ed. Padova: CEDAM, 2015, p. 286 e ss.

³⁰⁶ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. **Pena e Medida de Segurança: uma aproximação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 983 e ss.

O princípio de culpabilidade, como juízo normativo de reprovação, já se desvinculou e ultrapassou a sua ideia fundante, qual seja, o livre-arbítrio³⁰⁷, aproximando-se muito mais, nos dias atuais, da dupla ideia de *igualdade e proporcionalidade*. A culpabilidade, portanto, tem plena aplicabilidade no âmbito da medida de segurança sob a forma de princípio limitador do Direito Penal. Isso porque, seria ilógico ver o sistema jurídico-penal responder limitadamente aos fatos delitivos realizados por pessoas que apresentam consciência de contrariar o ordenamento jurídico, e, por outro lado, vê-lo responder ilimitadamente àqueles que não podem compreender ou reagir de acordo com essa compreensão. Assim, reconhece-se, por irrecusável, que o princípio da culpabilidade limita também a aplicação da medida de segurança, e que esta não pode ser mais gravosa que a pena a que corresponderia o fato se o sujeito fosse imputável.³⁰⁸

As reservas em admitir a culpabilidade como limite das medidas de segurança estão em duas razões, consoante *Cavagnari*. A uma, porque a expressão *culpabilidade* pode ser confundida com um elemento do delito, onde se limita a casos relacionados a autores imputáveis. A duas, porque, na atualidade, começa a se questionar a culpabilidade como categoria no âmbito do delito, uma vez que é um conceito muito fluido e que admite os mais distintos contornos. Ainda assim, parece preferível falar de princípio de culpabilidade, na medida em que, aqui, a culpabilidade atua como princípio, e não como categoria do delito, sendo que as críticas da doutrina contemporânea residem sobre esta.³⁰⁹

³⁰⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 835 e ss.

³⁰⁸ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. **Pena e Medida de Segurança: uma aproximação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 983 e ss.

³⁰⁹ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. **Pena e Medida de Segurança: uma aproximação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos

Ademais, acentue-se que toda a estrutura político-garantista do princípio de culpabilidade não pode ser substituída, simplesmente, pela expressão *proporcionalidade*, porquanto, *ab initio*, esta já é incapaz de gerar segurança semântica, como se pode observar das indagações seguintes. Qual proporcionalidade se refere no âmbito da sanção penal? Que a medida seja proporcional ao delito ou que sua periculosidade aponte como possível em uma nova prática criminosa? Ao delito que praticou? Ao grau de sua periculosidade? Percebe-se que no âmbito da linguagem a insegurança semântica repele o uso *proporcionalidade* como mero substitutivo do princípio da culpabilidade na função de garantia de uma sanção em face de uma pessoa física ou jurídica.

Além de tudo, não se pode olvidar que o próprio princípio de culpabilidade conduz ao princípio de proporcionalidade, ou seja, o reconhecimento da culpabilidade já, por si, determina a necessidade de proporcionalidade, pelo que diferenciar entre culpabilidade como princípio e proporcionalidade também como princípio não faz sentido, já que o segundo está contido no primeiro. Assim, o princípio de culpabilidade, como expressão mais elaborada, onde está contida a ideia de proporcionalidade, é mais adequado a servir de limite a todas as categorias de consequências jurídicas de práticas delitivas.³¹⁰

Nesse ponto, os autores se filiam aos defensores da *periculosidade* do fato, com algumas variantes terminológicas, como, por exemplo, *Muñoz Conde*, quando se inclina por admitir preferentemente o princípio da culpabilidade como limite à imposição de uma medida de segurança. Ele o expressa nos seguintes termos: “me inclino no sentido de que o princípio da culpabilidade [...] possa servir de limite para a imposição de uma medida de segurança, na medida em que se entenda que a ideia de proporcionalidade, traduzida em limites temporais fixados Tribunais, 2017, p. 983 e ss.

³¹⁰ BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. *Pena e Medida de Segurança: uma aproximação*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 983 e ss.

legalmente, também é, de certo modo, uma ideia imanente à ideia de culpabilidade.”³¹¹ O fato de considerar a culpabilidade como apropriada para a limitação das medidas de segurança resulta compreensível, já que aproxima a ideia de identidade entre as penas e medidas de segurança, que vem sendo progressivamente exigida pela doutrina mais moderna³¹². Sobre essa aproximação constata Hassemer que “*na praxis não existe mais esta diferença tão acentuada descrita teoricamente entre penas e medidas [...] a execução de penas e a execução de medidas há um longo espaço de tempo movem-se uma em direção da outra*”.³¹³

Desse modo, as medidas de segurança ou qualquer forma de consequência jurídica ao delito não poderão ser nem mais nem menos gravosas nem de maior duração do que a pena que corresponderia a uma pessoa física. Ainda assim, parece preferível falar do princípio de culpabilidade como limite das sanções penais, sempre e quando se admita a possibilidade de diferenciar entre um significado político-criminal de culpabilidade que não coincide necessariamente com o conceito de culpabilidade estritamente dogmático.³¹⁴ O que se pretende, em suma, é o exercício real da função político-garantista do princípio da culpabilidade como forma de limitação do poder de punir do Estado.³¹⁵

³¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Hacia una Construcción Latinoamericana de la Culpabilidad**. XI Congresso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo, 1999, p. 13.

³¹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 830 e ss.; BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. **Pena e Medida de Segurança: uma aproximação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 983 e ss.

³¹³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 318.

³¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 831.

³¹⁵ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale, Parte Generale**. 9ª ed. Padova: CEDAM, 2015, p. 286 e ss.; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 831.

Aqui, conclui *Cavagnari, prima facie*, que parece claro que o uso das medidas de segurança como sanção penal à pessoa jurídica colore o significado político-criminal do princípio da culpabilidade, sendo capaz de proporcionar, de modo mais equilibrado, uma sanção que transmita o sentido de pretensão de justiça almejado pela norma penal³¹⁶.

Neste cotejo, a busca de sanções penais ótimas deverá, **em todas as suas formas de concepção**, voltar seus olhares aos princípios limitadores do exercício punitivo e respeitar a firme baliza destes.

As sanções penais alternativas e equilibradas, mesmo que inegável o debate acerca de sua imensa contribuição para um sistema punitivo democrático no ordenamento jurídico brasileiro, devem manter sua atenção e respeito ao seu destinatário: **o ser humano**.

³¹⁶ RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo. J. Cavagnari, *op. cit.*, p. 369.

CONCLUSÕES

A Economia fornece subsídios para uma alternativa de verificação do Direito e atua como forma de ampliação do escopo acadêmico na investigação do Direito Penal. A possibilidade de análise e investigação do Direito Penal através dos fundamentos da Economia se mostrou possível para abranger uma nova forma de entender as sanções penais sob o aspecto dos postulados econômicos.

É sabido que o estudo do Direito Penal se mostra rígido e lastreado na robustez dos princípios da legalidade e culpabilidade, com olhares de desconfiança quando da ingerência de novas possibilidades argumentativas e de pesquisa. Entretanto, a Economia promoveu uma opção variada de estudo ao Direito Penal, verificando o crime como um mercado onde seus atores buscam maximizar seus benefícios. As sanções penais, no entanto, são preços a serem pagos pelo cometimento de externalidades contrárias às leis penais.

Um aporte nas sanções penais dispostas no Código Penal Brasileiro se fez necessário para que fosse desmonstrado possibilidades alternativas em para as penas privativas de liberdade como consequências jurídicas do delito, as quais possuem um alto custo de imposição e manutenção, corroborado por dados oficiais investigados e apresentados na presente obra. Através da análise econômica, um novo olhar para as sanções penais foi possível para que houvesse o enfrentamento da irracionalidade das penas privativas de liberdade e uma nova perspectiva para as penas restritivas de direito e de multa, como modos eficientes de reprimenda.

A aproximação entre o Direito Penal e a Economia, com a conceituação e apresentação da Análise Econômica do Direito e demonstração do modo metodológico para que o manuseio do ferramental econômico se tornasse viável para estudo e compreensão

do Direito Penal, se fez necessário através das teorias econômicas, do estudo comportamental e da vertente paretiana, descortinando a possibilidade de equilíbrio na seara criminal e em suas reprimendas penais.

O estudo da obra de *Gary Becker*, com a análise do comportamento do indivíduo e sua racionalidade, bem como o efeito das sanções penais na dissuasão e a amplitude da utilização da pena de multa, em que pese o autor defender a aplicação em seu grau máximo, forneceu subsídios importantes para o entendimento do contexto brasileiro, no sentido que na visão pátria, portanto, deve-se pensar em métodos qualitativos, ou seja, modos de aplicação de sanções penais alternativas, do que quantitativos, como mero aumento de pena via introdução legislativa.

A eficiência de Pareto foi viável como configuração da hipótese do equilíbrio da sanção penal através da devida aplicação da resposta ao injusto penal focado na atenção da não piora das condições do acusado.

No caminho percorrido, buscou-se a hipótese de sanções penais dispostas no Código Penal Brasileiro que pudessem ser eficientes, dotadas de sua finalidade dissuasória e mantendo custos baixos para sua imposição, amoldando-se na eficiência proposta por *Pareto*, preocupando-se com a resposta estatal através das sanções penais em atenção ao injusto penal típico cometido, entretanto, que pudesse se concentrar em não piorar a condição do réu, possuindo o equilíbrio necessário, ou seja, seu nível *ótimo*.

Desta forma, tem-se que a severidade da pena (penas privativas de liberdade) não refletiu relação com a dissuasão na decisão racional no cometimento de delitos, contudo, apresentou-se como eficiente a certeza de sua aplicação, *mesmo que de penas alternativas ao cárcere*, sendo a sanção penal a forma de alteração comportamental do indivíduo em sua convicção de análise *custo-benefício*.

O estigma e as penas de *shame* – sanções penais estranhas ao Código Penal Brasileiro - foram apresentadas como uma hipótese de investigação futura, sendo uma possibilidade de penas para crimes econômicos, bem como para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sempre, por evidente, respeitando-se o princípio da culpabilidade e da vedação de penas cruéis, onde se entende que a pena de exposição e vergonha pode ter efeitos imensos na esfera privada do Réu e da pessoa jurídica.

As medidas de segurança, de outro modo, se mostram viáveis para a repressão da criminalidade praticada por entes empresariais, visando torná-los aptos ao convívio social, atendendo aos fins da pena com baixos custos para sua aplicação.

Conclui-se, portanto, que novas perspectivas de estudo e análise do Direito Penal são importantes para a verificação de alternativas ao enfrentamento de novas realidades jurídico-penais e econômicas, em especial modernas reflexões sobre as formas de punição na contemporaneidade. Fundamentos da Economia utilizados através do método da Análise Econômica do Direito se mostram viáveis para a averiguação dessas alternativas.

BIBLIOGRAFIA:

ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do Direito e algumas contribuições. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013.

AKERS, Ronald L. Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: The Path Not Taken. In: **Journal of Criminal Law and Criminology**. v. 81, n. 3, 1990.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giácomo. **A história do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2010. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>.

BECKER, Gary S. **The Economic approach to human behaviour**. The University of Chicago Press, 1974.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.) **Essays in the economic of crime and punishment**. 1974, p. 01-54.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2^a ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BELING, Ernest von. **A ação punível e a pena**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. Londres: Robert Heward, 1830.

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1: parte geral. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é a Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27-36.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social. In: **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. v. 2, n. 1, p. 27-45, Jan./Jun. 2016.

BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. In: **Journal of Law and Society**, Vol. 35, Issue 3, pp. 389-416, September 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRENNER, Geraldo. **Entendendo o comportamento criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades**. Porto Alegre: AGE, 2009.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo J. **Pena e Medida de Segurança: uma aproximação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; KENNICKE, Pedro Henrique Galloti (Coord.), Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Constitucional I. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. In: **Harvard Law Review**, 85 (6), 1972, pp. 1089-1128.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade;

uma avaliação crítica do modelo. In: **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 93-110.

CARNELUTTI, Francesco, **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: editora Pillares, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Pa-lestra Editores, 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.

DAU-SCHMIDT, Kenneth G. **An Economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy**. Duke Law Journal. V. 01, Feb., 1990.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-47,

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DREYER, Emmanuel. **Droit Pénal Général**. 4^e édition. Paris: Lexis Nexis, 2016.

EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. In: **Journal of Political Economy**, Vol. 81, n. 3, 1973, p. 521-565

EHRlich, Isaac. Crime, Punishment and the Market for Offenses. In: **The Journal of Economics Perspectives**. Vol. 10, n. 01, 1996, p. 43-67.

EHRlich, Isaac. Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence. In: **Journal of Political Economy**, Vol. 85, n. 4, 1997, p. 741-88

EIDE, Erling. Economics of criminal behavior. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), In: **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume V. The Economics of Crime and Litigation, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. Economics of crime. In: **Foundations and Trends in Microeconomics**. vol. 02, n. 03, 2006, p. 205-279

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de;

GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. In: **Economics Analysis of Law Review**. V. 9, no 1, Jan-Abr, 2018, p. 259-276.

FERRI, Enrico. **Delinquente e responsabilidade penal**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

FISCHER, Talia. Economic Analysis of Criminal Law. In: **Oxford University Handbook of Criminal Law**. Oxford University Press, 2014.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FREEMAN, Richard B. The Economics of Crime. In: **Handbook of Labor Economics**. v. 3, 1999.

FRIEDMAN, David D. **Law's order: what Economics has to do with law and why it matters**. Princeton University Press, 2000.

GAROUPA, Nuno. Behavioral economic analysis of crime: a critical review. In: **European Journal of Law and Economics**, 15, 2003, p. 5-15.

GAROUPA, Nuno. **Criminal Law and Economics**. Cheltenham, Ed-

ward Elgar, 2009.

GAULEZ, Maiara Patti; FERRO, Andrea Rodrigues; MOREIRA, Gustavo Carvalho. O efeito do encarceramento de homicidas sobre a taxa de homicídios no Brasil. In: **Economic Analysis of Law Review**. v. 9, nº 2, p. 288-307, maio-agosto, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: A censura pra além da punição**. Florianópolis: Empório do direito editora, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: **Economic Analysis of Law Review**. V. 1, nº 1, jan-jun, 2010, p. 7-33.

GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Análise Econômica do Crime: Abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. In: **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Curitiba, Jul/Dez. 2016. v. 2, n. 2. p. 77-98.

HARON, Alon; SEGAL, Uzi. **Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Detering Crime**. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, 1999.

HAREL, Alon. Economic Analysis of Criminal Law: A Survey. In: **Research Handbook on the Economics of Criminal Law**. 2012.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2005.

HAY, George A. **The Past, Present, and Future of Law and Economics**. Disponível em: <<http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p82181/pdf/article08.pdf>>. Acesso em 16.07.2018.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HYLTON, Keith N., **The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law**. Boston University School of Law, p. 02-17, jan, 2005.

JASPER, Eric Hadmann. Fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, ano 61, n. 238, jan-jul, 2012.

JIMÉNEZ, Javier W. Ibañez. **Análisis económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica**. Barcelona: Editor Bosch, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgment under uncertainty: Heuristic and biases**. Science, New Series, v. 185, n. 4157. sep. 27, p. 1124-1131, 1974.

KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. **Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation.** Journal of Law and Economics. vol. 42, 1999.

KIRSTEIN, Roland. Law and Economics in Germany. In: **Encyclopedia of Law and Economics.** BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST, Gerrit, Gerrit (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

KERKMEESTER, Heico. Metodology: General. In: **Encyclopedia of Law and Economics.** BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

KLEVORICK, Alvin K. **Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes.** Faculty Scholarship Series. Paper 1462, 1985.

KRAMMER, Samuel. **An Economic analysis of criminal attempt: Marginal deterrence and the optimal structure of sanctions.** The Journal of Criminal Law & Criminology. vol. 82, n. 02, 1990.

LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. Economic Contributions to the Understanding of Crime. In: **Annual Review of Law and Social Science,** vol. 2, 2006, p. 147-164.

LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal.** 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2005.

LOTT JR., John R.; MUSTARD, David. B. **Crime, deterrence, and right-to-carry concealed handguns.** Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper n. 41, 1996.

LOTT JR., John R. Criminal Corporate Liability. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), In: **Encyclopedia of Law and Economics.** vol V. The Economics of Crime and Litigation, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

MACKAAY, Ejan. History of Law & Economics. In: **Encyclopedia of Law and Economics.** BOUCKAERT, Boudewijn and De GEEST (eds.), Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito.** Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

McADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. **Behavioral Criminal Law and Economics.** John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper n. 440, 2008.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale, Parte Generale.** 9ª ed. Padova: CEDAM, 2015.

MENDES, Silvia M. **Análise econômica do crime e o seu contribu-**

to para a definição de uma política penal. Dissertação de mestrado (Mestrado em estudos econômicos e sociais) – Universidade do Minho. Braga, 1997

MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico. In: **Economics Analysis of Law Review**. v. 9, nº 1, Jan-Abr, 2018, p. 277-284.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, vol 1: parte geral. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2ª Edición, Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Hacia una Construcción Latinoamericana de la Culpabilidad**. XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología. Montevideo, 1999.

NAGIN, Daniel S. Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economics. In: **Annual Review of Economics**. p. 83-105, 2013.

NAGIN, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. In: **Crime and Justice in America: 1975-2025**. University of Chicago Press, p. 199-264, 2013.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil Law.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol 14, n.1, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em: 23.05.2019.

NEUBERGER, Daniele; MARIN, Solange Regina. **Algumas contribuições de Amartya Sen aos conceitos de “eficiência” e “equidade”.** Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/view/1510/1433>>.

OLIVÉ, José Carlos Ferré. **El Plea Bargaining, o cómo pervertir La justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Junho, 2018. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 22.04.2019.

OLSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: **Direito Penal e Economia.** BOTINO, Thiago (org.). Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012, p. 111-131.

OWENS, John B. Have We No Shame?: Thoughts on Shaming, “White Collar” Criminals, and the Federal Sentencing Guidelines. In: **American University Law Review.** vol. 49, article 2, 2000.

PATRÍCIO, Miguel. Análise Económica do Crime: Uma breve intro-

dução. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 01, nº 01, 2005, p. 157-166.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. **Plano anual de fiscalização - ano 2017**. Publicação: mar/2018. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/4/pdf/00326635.pdf>>.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Public enforcement of law. In: **Encyclopedia of Law and Economics: The Economics of Crime and Litigation**. Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business. Discussion Paper Series, Paper 536, 2005.

POSNER, Richard Allen. **An Economic Theory of Criminal Law**. 85 Columbia Law Review, 1985. p. 1193-1231.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. 6ª ed. New York: ASPEN Publishers, 2003.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2ª ed.

México : FCE, 2007.

PORTILHO, Rapahela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do Direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. In: **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, jan./abr. 2018, p. 355-379.

PYLE, David J. **Cortando os custos do Crime: A Economia do Crime e da Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. **Análise Econômica do Direito Penal: Uma abordagem para uma passível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, p. 115-138, jan./jun. 2018.

RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo. J. **Security Measures as a legal consequence of the crime committed by legal entities**. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luís. (Org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: anais do III Seminário Brasil-Alemanha. 1ªed. Tirant lo Blanch, 2020.

RAMOS, Samuel Ebel Braga; BOTELHO, Martinho Martins. **Análise Econômica Do Direito Penal: Uma Abordagem Para Uma Possível Pena Ótima**. Economics Analysis of Law Review. V. 10, no 3, p.191-204, Set-Dez, 2019.

RAMOS, Samuel Ebel Braga; BACK, Caroline Moreira. **As soluções negociadas e o processo penal brasileiro**. Revista Humus - UFMA, vol. 9, num. 27, 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROWLEY, Charles K. An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f>.

SAMSON, Alain. Introdução a Economia comportamental e experimental. In: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. Flávia Ávila, Ana Maria Bianchi (orgs.), tradução Laura Teixeira Motta. 1ª ed. - São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015, p. 26-58.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**, 3ª Ed. ICP-C-Lumen Juris, 2008.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. In: **Revista Justiça do Direito**. v. 30, n. 2, maio/ago. 2016, p. 210-226.

SHAVELL, Steven. **Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent**. Columbia Law Review, 85 (6), 1985, p. 1232-1262.

SHAVELL, Steven. The Optimal Structure of Law Enforcement. In: **Journal of Law and Economics**, v. 36, 1993, p. 255-287.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. **History of Economic Analysis**. New York: Oxford University Press, 1954.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a economia do

crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. In: **Economics Analysis of Law Review**. v. 1, n. 2, Jul-Dez, 2010, p. 318-336.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In **Fundamentos del derecho penal de la Empresa**. 2 ed. cap. V, Madrid: Edisofer, 2016, p. 247-283.

STIGLER, George J. The Optimum Enforcement of Laws. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (eds.). **Essays in the economic of crime and punishment**. 1974, p. 55-67

SUNSTEIN, Cass Robert.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. **A Behavioral Approach to Law and Economics**, 50 Stanford Law Review, 1998, p. 1471-1550.

SUNSTEIN, Cass Robert. **Cognition and cost-benefit analysis**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 85, Chica-

go: University of Chicago Press, 1999.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. In: **Revista de Direito Mercantil**, nº 144, out./dez., 2006.

TABAK, Benjamin Miranda. Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, Número 205, jan/mar, 2015.

ULEN, Thomas S. The Economics of Corporate Criminal Liability. In: **Managerial and Decision Economics**, Vol. 17, No. 4, Special Issue: Corporate Crime, 1996, p. 351-362.

VELJANOVSKI, Cento. **The Economics of Law**. The Institute of Economic Affairs, London, 2006.

VIAPIANNA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: Uma explicação para a formação do Criminoso**. Porto Alegre, AGE: 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BIOGRAFIA DO AUTOR:



Professor de Direito Penal na Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP. Mestre em Direito (2019), com a linha de pesquisa Sanção Penal e Criminal Law and Economics. Especialista em Gestão e Legislação Tributária (2017). Extensão em Direito Penal e Processual Penal Alemão, Europeu e Internacional pela instituição de ensino Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha (2016).

Instagram: samuel_ebel

Linkedin | Facebook: Samuel Ebel Braga Ramos

O texto busca discutir as possibilidades para uma sanção Penal ótima através da aproximação entre o Direito Penal e da Economia, sob o método da Análise Econômica do Direito, tal como alerta o autor, já na introdução.

O uso da expressão sanção penal ótima já é revelador do uso de uma linguagem própria do ambiente da análise econômica do direito, como se pode perceber. Mas, para além disso, ela é uma carta de apresentação de várias ideias com as quais me vejo particularmente identificado. Quando se afirma buscar uma sanção penal ótima, já se está afirmando, à entrada, que o autor tem os pés no chão. Longe de partir para os fáceis discursos populistas ideologizados do abolicionismo, mas igualmente equidistante da voz autoritária que vem crescendo tanto no mundo de hoje, o autor busca a via do equilíbrio, ao admitir que alguma sanção penal deve existir para o equilíbrio da sociedade e, ao mesmo tempo, que ela reclama uma otimização.

Ou seja, está clara a insatisfação do autor com o sistema de penas de hoje que, por um lado, seguem perdidas no arcaísmo da privação de liberdade, cuja falência foi decretada já no Século passado, pela sentença da brilhante tese doutoral de Cezar Roberto Bitencourt e, por outro, caem na simplificação da pecúnia, que remete igualmente ao passado bárbaro do direito das tribos germânicas.

Samuel Ebel busca entrever, no sistema jurídico brasileiro, uma leitura das sanções que possa corresponder a um modelo de realização do controle social do intolerável que não seja, ele próprio, igualmente intolerável. Vale dizer: o autor assume o postulado de preservação de um modelo de Estado social e democrático de direito e, dentro dele, ao reconhecer a influência da análise econômica do direito e da Criminal law and Economics - particularmente difundidos pela "Escola de Chicago" - na dinâmica do mundo, buscar por eficiência e racionalidade próprias.

(Excerto do Prefácio - Prof. Dr. Paulo César Busato)

artelogy

www.artelogy.com

ISBN 978-989563303-6



9

789895

633036