

Economic Analysis of Law Review

Análise Econômica Do Direito Penal: Uma Abordagem Para Uma Possível Pena Ótima

Criminal Law and Economics: An Approach to a possible optimal criminal penalty

Martinho Martins Botelho¹
(PPGD/Uninter)

Samuel Ebel Braga Ramos²
(PPGD/Uninter)

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo apresentar um contorno inicial sobre a Análise Econômica do Direito Penal, com especificidade no estudo da pena. Frequentemente, a questão da dosimetria penal e o cumprimento da pena, inter alia, são objetos de debates na dogmática do Direito penal. A proposta é realizar uma análise econômica e apresentar fundamentos econômicos para se pensar sobre uma possível sanção criminal (pena) ótima, constituindo bases para o equilíbrio dos custos de aplicação da pena pelo Estado e a dissuasão do agente criminoso na prática do ilícito penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Análise Econômica do Direito Penal. Sanção Penal.

JEL: K14, K41, K42

ABSTRACT

The proposal is to present a contour starting point on Economic Analysis of Criminal Law, and especially on criminal penalties. Frequently, calculating proceedings of criminal penalties and the enforcement of punishment, inter alia, are subjects of discussion on Criminal Law theory and community. We intend to carry out an economic analysis e present some economics basis to think about a possible optimum criminal penalty, constituting bases for the balance of costs of criminal sentences and the deterrence of the criminal agent in the practice of criminal offense.

Keywords: Criminal Law. Criminal Law and Economics. Criminal penalties.

R: 10/07/18 **A:** 29/09/19 **P:** 31/12/19

¹ E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br

² E-mail: samuel@ebelbattu.adv.br

1. Introdução

Os juristas e economistas partilham de um senso comum: a lei é um mecanismo para orientação do comportamento social e os incentivos e recompensas (*pay-offs*, em uma linguagem da teoria econômica) são centro da análise primária em qualquer caso a ser analisado.

A abordagem econômica do crime baseia-se no pressuposto de que os criminosos, as vítimas e os responsáveis pela lei são racionais e tomam decisões racionais. A decisão de se envolver na prática de um crime é vista como não diferente em termos de escolha de um emprego lícito. Um indivíduo participa de atividades criminosas porque oferece um fluxo de benefícios maior que o uso legítimo de seu tempo e esforço.

Se pensarmos que criminosos podem ser dissuadidos pelas penas e consequências jurídicas previstas pela lei, a sociedade – através de seus legisladores - deve decidir o tipo e o tamanho das penalidades pelos crimes. Tais questões serão determinadas pela medida em que diferentes tipos de consequência jurídica pela prática de crime (multas, prisões, serviços comunitários, medidas de segurança, etc.) dissuadir o crime, em comparação com os respectivos custos de cada sanção.

Partindo desta premissa, os custos da aplicação de consequências jurídicas pela prática de injustos penais (penas ou medidas de segurança), se mostram como o ponto central da aproximação entre Direito Penal e Economia. Desta forma, como pensar em uma resposta penal ótima, a qual se equilibram seus custos com a eficácia de sua aplicação?

Para a resposta do problema apresentado, o artigo utiliza do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica. O tema tem seu recorte nos tópicos que apresentam um olhar inicial sobre a Análise Econômica do Direito, da aproximação entre o Direito Penal e a Economia para, ao final, pensar na possibilidade de uma pena criminal ótima.

O objetivo aqui buscado é, portanto, apresentar fundamentos da teoria econômica para se pensar em uma possível pena ótima, constituindo bases para o equilíbrio dos custos da aplicação da pena e a dissuasão do agente criminoso na prática do ilícito penal.

2. Apontamentos sobre a Análise Econômica do Direito

A interação³ entre Direito e Economia pode parecer uma interdisciplinaridade estranha aos juristas. Enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas. Entretanto, mostrou-se prudente a aglutinação 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.⁴ É que aqui se assume a

³ 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. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 2, n. 2, 2016, p. 77 – 98, p. 79.

⁴ MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn.

expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*⁵.

Na visão de Talia Fischer, 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.⁶ 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 utilitários.

Fischer assenta que a análise econômica baseia-se na afirmação de que os agentes estão bem 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 supere seu custo esperado.

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.⁷ 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”⁸.

A economia 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 importantes⁹.

São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

⁵ 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.

⁶ FISCHER, Talia. **Economic Analysis of Criminal Law**. Oxford University Handbook of Criminal Law. Oxford University Press, 2014, p. 38

⁷ Bruno Salama, na obra aqui citada, aduz que “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”

⁸ SALAMA, op. cit., p. 15

⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 26.

A Análise Econômica do Direito, segundo Javier Jiménez¹⁰, 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 econômica.

Pierluigi Chiassoni¹¹ apresenta três fases da Análise Econômica do Direito¹²: As origens nos anos 60, com trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Armen Archer; a fase de expansão, nos anos 70, na obra de Richard Posner e investigações subsequentes de Calabresi e a fase de consolidação nos anos 80, na denominada Escola de Chicago.

Ivo Teixeira Gico Júnior apresenta um conceito para a *Análise Econômica do Direito*.¹³ 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 consequências.

Um ramo da *Economics of Law*, conforme Veljanovski, diz respeito a leis que regulam a atividade econômica.¹⁴ Examina as leis que afetam mercados, indústrias e empresas e variáveis econômicas, tais como preços, investimentos, lucros, distribuição de renda e alocação de recursos em geral. Inclui legislação em matéria de concorrência (antitruste), indústria ou regulamentação de serviços públicos (regulamentação das empresas de serviços públicos privatizados e estatais), empresas, valores mobiliários, impostos, comércio, investidores e leis de defesa do consumidor.

¹⁰ IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica**. Barcelona: Editor Bosch, 2011, p. 23.

¹¹ CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 48-49.

¹² Conforme Cento Veljanovski: “*The economics of law can be defined rather crudely as the application of economic theory, mostly price theory, and statistical methods to examine the formation, structure, processes and impact of the law and legal institutions. No consensus has yet emerged, nor do economists possess a unified theory of law*”. Em: VELJANOVSKI, Cento. **The Economics of Law**. 2006, p. 47.

¹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, vol. 1, n. 1, 2010, p. 8. E continua o autor: “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.” Op. cit., p. 18.

¹⁴ VELJANOVSKI, op. cit., p. 25. Segundo o Autor: “*The application of economics to the law is not confined to those areas of law that directly affect markets or economic activity. It goes well beyond these to examine fundamental legal institutions. The more innovative extension of economics is the so-called economics of law or law-and-economics, which takes as its subject matter the entire legal and regulatory systems irrespective of whether or not the law controls economic relationships. It looks in detail at the effects and the structure of the legal doctrines and remedies that make up existing laws. This branch of the economic approach to the law is often seen as synonymous with the analysis of the common law – judge-made law on contract, property and tort (the area of the common law that deals with unintentional harms such as accidents and nuisance) – and family and criminal laws, and many other areas such as legal procedure.*”

Assim, assumindo que o Direito visa regulamentar o comportamento humano e a Economia se apresenta como a ciência que se encarrega de analisar estes comportamentos e suas consequências na conjuntura onde os recursos são escassos, a Análise Econômica do Direito surge com o objetivo de prover aos juristas escolhas racionais visando a máxima eficácia e redução de custos, vindo à tona a aplicação dessas análises no Direito Penal.

3. A aproximação entre Economia e Direito Penal: Uma Economia do Crime

As relações entre Direito e Economia, muito embora tenham se firmado no campo dos contratos, atualmente 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 seu custo. Mais a frente, pode-se pensar em penas com alto grau de eficácia e eficiência sob o viés econômico, equilibrando os custos com a justa punição estatal pelo cometimento de injustos penais.

A Análise Econômica do Direito proporcionou uma nova perspectiva no enfrentamento de fatores sociais através do prisma da Economia, na latente união com a ótica jurídica. Com isto, a Análise Econômica do Direito Penal (Economia do Crime, Análise Econômica do Crime, *Criminal Law and Economics* – assumindo terminologias diversas) apresentou novas leituras dos fenômenos sociais criminais a partir de fundamentos da Economia.

O Direito Penal se conceitua 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 segurança¹⁵.

Na concepção 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 sociais¹⁶.

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 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 criminais¹⁷.

Uma parte da literatura oriunda da *Law and Economics* levanta o questionamento se os comportamentos potencialmente criminosos se afligem diante o Direito Penal. Surge a pergunta: os criminosos em potencial mudam seu comportamento em resposta às diferentes propostas de uma política criminal¹⁸?

¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 01

¹⁶ SHAVELL, Steven. The Optimal Structure of Law Enforcement. **Journal of Law and Economics**, v. 36, 1993, p. 255-287.

¹⁷ 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, n. 3, 2008, p. 389-416.

¹⁸ Esse é o objetivo da literatura sobre a melhor aplicação da lei. A partir de Gary Becker (1968), centrou-se no equilíbrio entre a probabilidade e a gravidade da punição como meio de conseguir uma EALR, V.10, n.º 3, p.191-204, Set-Dez, 2019

Em outra vertente, buscou-se a escolha ótima¹⁹ entre a execução pública e privada. A caracterização econômica da escolha entre confiar em processos essencialmente privados, tais como responsabilidades extracontratuais e contratuais, ou em processos públicos, como as responsabilidades e processos criminais – podendo ser incluído o direito administrativo – não restou plenamente satisfatório.

Provavelmente, a mais abrangente e ambiciosa teoria econômica existente de "por que o direito penal?" é proposta por Richard Posner.²⁰ Ele argumenta que a diferença fundamental entre danos e crimes é que ambos punem o comportamento que ultrapassa os mercados existentes, entretanto, enquanto os crimes são puramente transferências coercitivas, danos são acidentes de atividades produtivas.

Essencialmente, as explicações econômicas para o "*why criminal law?*" apontam que os atos contrários à lei serão caracterizados como crimes se o indivíduo tentar estabelecer condições sob as quais uma transferência de direitos ocorrerá se essas condições não estão em conformidade com as que a sociedade estipulou. A sociedade se recusa a aceitar os esforços do indivíduo para redefinir os termos de transferência²¹.

Tem-se que a *Análise Econômica do Crime* foi primordialmente abordada por Gary Becker, em seu ensaio "*Crime and Punishment: An Economic Approach*", no qual o autor associou a prática de crimes com fundamentos da Economia. Em seu escrito, Becker parte da premissa de que há uma escolha racional, efetuada pelos indivíduos, partindo do pressuposto de que os agentes criminosos, em suas ações, estão munidos de grande racionalidade, a qual se baseia na aferição do equilíbrio entre os custos e benefícios da atividade criminosa.

Becker ainda indaga o que define a quantidade e a espécie dos recursos e sanções de que o Estado se vale para colocar em prática a legislação penal, assim como reflete acerca da razão pela qual existem diferenças tão acentuadas na forma como cada lei é executada. Considerados esses questionamentos, bem como influxos econômicos e jurídicos, o autor avalia a quantidade de recursos e a extensão da punição necessárias à eficiência das diversas leis penais. A partir disso, também pretende aferir quantas e quais ofensas devem ser punidas e quantos infratores devem ficar impunes. Dessa forma, o autor conclui que a eficiência da legislação criminal vincula-se ao

aplicação da lei eficiente. A principal contribuição desta literatura é fornecer uma teoria do comportamento criminal e como os criminosos reagem aos incentivos. Mais em BECKER, Gary Stanley. *Crime and punishment: an economic approach*. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217. Novas pesquisas atualizadas recentes incluem Nuno Garoupa, "*The Theory of Optimal Law Enforcement*" (1997) 11 *Journal of Economic Surveys*, 267-296; Polinsky e S. Shavell, "*The Economic Theory of Public Enforcement of Law*" (2000) 38 *Journal of Economic Literature*, 45-76; e A.M. Polinsky e S. Shavell, "*Aplicação Pública de Direito, incluindo Direito Penal*", Manual de Direito e Economia (Amsterdã: Elsevier, 2007). Quanto ao apoio empírico para a hipótese de dissuasão, ver em S. Levitt e T. Myles, "*Estudo empírico de punição criminal*", Manual de Direito e Economia (Amsterdã: Elsevier, 2007).

¹⁹ "Ótima", em alusão a teoria econômica do "Ótimo de Pareto", desenvolvida por Vilfredo Pareto em seu livro "*Manual de Economia Política*", onde, em suma, assenta as bases de seu sistema de equilíbrio econômico. O Ótimo de Pareto é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros.

²⁰ POSNER, Richard. *An Economic Theory of Criminal Law*. **Columbia Law Review**, v. 85, 1985, p. 1193-1231.

²¹ KLEVORICK, Alvin K. **Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes**. Faculty Scholarship Series. Paper 1462, 1985, p. 907.

custo de detecção das atividades criminosas e de condenação dos infratores, bem como da resposta dos criminosos ao avanço da lei e da natureza das sanções.²²

De fato, Becker busca demonstrar que os indivíduos, ao agirem racionalmente e perpetrarem um ilícito penal, equacionam os custos e benefícios decorrentes da atividade ilegal. Assume-se, assim, de acordo com a Análise Econômica do Crime, que um sujeito cometerá um delito se a utilidade esperada exceder a utilidade que se poderia obter mediante o dispêndio de tempo e outros recursos em outras atividades²³.

A incursão de um sujeito na atividade criminosa, assim, não decorre de divergências entre as suas motivações e as dos demais, mas do fato de que os custos e benefícios de suas atividades – delitivas ou não – diferem. A assertiva se resume na afirmação de Becker, onde afirma que aquele que decide sempre deseja aumentar o que foi conseguido para um plano mais elevado, denominado benefício marginal, que, por sua vez, leva ao incremento do obstáculo (denominado custo marginal).²⁴

A Análise Econômica do Direito Penal refere-se à aplicação do raciocínio econômico às regras e instituições criminais. 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 criminosos são agentes racionais que procuram maximizar seus serviços públicos no contexto criminal. Eles comparam os custos esperados da atividade criminal com seus benefícios esperados e se envolvem na atividade criminosa quando este supera o primeiro.²⁵

Em uma análise comportamental, o agente criminoso promove o equilíbrio dos benefícios esperados com os ganhos derivados da sua atividade criminosa - seja tangível (crimes patrimoniais) ou intangível (a dor e o sofrimento da vítima, em alusão aos crimes contra a pessoa).

Os custos do ato criminal incluem os recursos gastos para cometer o crime (por exemplo, ferramentas de roubo, confecção de documentos falsos), os custos de se evitar a captura (destruição de evidências, pequenas corrupções), os custos de oportunidade e, o mais importante, os custos esperados da punição criminal.

4. Fundamentos da teoria econômica aplicada ao direito penal para uma possível pena ótima

A teoria econômica das penalidades criminais foi estabelecida principalmente em Becker (1968) e Posner (1985).²⁶ Estes estudos promoveram o referencial teórico para todas pesquisas posteriores. No presente artigo, não se pretende apresentar uma nova teoria econômica da pena, mas, sim, demonstrar que se pode buscar na teoria econômica parâmetros para uma pena ótima.

²² GONÇALVES/CARDOSO, op. cit., p. 90

²³ GONÇALVES/CARDOSO, op. cit., p. 87

²⁴ BECKER, Gary S; LANDES, William M. (eds.). **Essays in the economics of crime and punishment: human behavior and social institutions**. Columbia: Columbia University Press, 1974, p. 20

²⁵ FISCHER, op. cit., p. 39

²⁶ O artigo de Becker fornece o quadro central para a análise moderna de penalidades. O artigo de Posner introduz os custos de transação como fator na análise de penalidades. Muito antes da literatura moderna, tem-se Beccaria (1764) e Bentham (1781).

Becker desenvolve o uso de penalidades criminais para internalizar o dano social da conduta criminal. Posner, em contraste, argumenta que as penalidades criminais devem ser definidas para deter completamente o crime, eliminando a perspectiva de ganho por parte do agressor²⁷.

Robert Cooter e Thomas Ulen trazem às claras que a economia proporcionou uma teoria científica pra prever as sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, 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 positivada.²⁸

Assim, se os preços afetam o comportamento do indivíduo, logo, na visão econômica, a pena afetará o comportamento de um indivíduo ante a provável e firme penalidade.²⁹

Os economistas e juristas da corrente analítica do *Law and Economics* estão interessados em achar uma “combinação ótima” de punições que minimize o custo do crime e de sua punição.³⁰ Eles tendem a escolher o uso mais amplo das multas, em parte porque elas são mais baratas que outras formas de punição, e alguns autores recomendam que as multas levem em conta as posses do infrator – o que se amolda, em uma análise primária, com uma possível pena em face dos crimes patrimoniais e injustos penais cometidos pelas pessoas jurídicas.³¹

A conclusão dos economistas é latente: o criminoso se engajará no injusto penal se o ganho esperado superar a punição correspondente. Gary Becker levanta o argumento que as multas não impõem nenhum custo social³², de forma que para minimizar o custo combinado do crime, da investigação criminal e da punição, dever-se-ia aumentar o valor da multa e, ao mesmo tempo, reduzir os montantes destinados à investigação criminal³³.

No âmbito empresarial, por exemplo, o criminoso possui alto grau de racionalidade e calcula a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado. O custo marginal³⁴

²⁷ 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. 177.

²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 25.

²⁹ 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, tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pela 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 será 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.

³⁰ “The task of law and economics is to determine the implications of such rational maximizing behavior in and out of markets, and its legal implications for markets and other institutions. Although some of Becker’s particular applications of the economic approach might be thought of as contentious, that general approach underlies a wide range of work in the economic analysis of law.” Em: SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, vol. 50, 1988, p. 1476.

³¹ PYLE, David J. **Cortando os custos do Crime**: A Economia do Crime e da Justiça Criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000, p. 37.

³² BECKER, Gary. op. cit, p. 76

³³ Os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica argumentam que os custos da prevenção dos injustos penais cometidos pelos entes morais podem ser transferidos à própria empresa, sendo o *compliance* uma forma de autoregulação assistida pelo Estado.

³⁴ O criminoso racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro líquido, que é o retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada. COOTER; ULEN, op. cit., p. 478, apresentam a seguinte função: $\max y(x) - p(x)f(x)$.

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

De outro turno, uma pena para os crimes patrimoniais e as 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 e pelo prejuízo causado. Os economistas sugerem que uma pena deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. Não se nega que os crimes relacionados ao patrimônio e a pessoa jurídica possui contornos de um crime racional, ou seja, o decisor racional³⁵ leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato criminoso³⁶.

A Análise Econômica do Direito Penal, nos crimes patrimoniais e praticados por pessoas jurídicas, sugere que a pena de multa, bem como a intervenção na empresa como forma de penalidade (medidas de segurança como possível consequência do cometimento do crime), se mostraram eficazes à partir do exemplo norte americano, com custos baixos e plena efetividade na prevenção dos crimes praticados pela pessoa jurídica. 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.³⁷ Uma vez presentes 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.

$y(x)$ = retorno esperado com o cometimento do injusto penal

$p(x)f(x)$ = pena esperada

³⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 476

³⁶ 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.*” Em HYLTON, op. cit., p. 184

³⁷ 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 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. Em: ULEN, Thomas S. *The Economics of Corporate Criminal Liability. Managerial and Decision Economics*, vol. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, 1996, p. 351-362. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf, p. 13. Acesso em 16/12/2017.

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.

O modelo econômico de direito penal concentra-se não apenas na escolha dos indivíduos, em suas capacidades como potenciais endividamentos, mas também em outra faceta dessa análise que se relaciona com as instituições de justiça criminal - ao planejador social e ao crime - políticas de controle que emprega: a dissuasão e a prevenção da criminalidade não são gratuitas. Todos dependem dos recursos de investimento do Estado em apreender os infratores (os custos do policiamento e da perseguição) e na imposição de punição (os custos da aplicação da pena).

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).

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 os indivíduos 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 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 estabelecidas atendendo critérios de merecimento, proporcionalidade etc.³⁸

Ao estabelecer uma pena em um nível ótimo, de acordo com a gravidade e 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 criminoso – 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 criminoso.

5. Fundamentos teóricos para uma sanção penal ótima

Na análise da teoria da aplicação pública do direito, a utilização de agentes públicos (tais como: auditores fiscais, fiscais, polícia, técnicos de regulação, procuradores e advogados públicos etc.) é viável para a identificação e a imposição de infrações para violadores da legislação.

O ponto teórico central dessas questões fundamentais é a forma de imposição da sanção. Assim, pergunta-se? A melhor sanção seria a imposição de uma multa, a cominação de restrição de liberdade ou a combinação de ambas? A regra da responsabilidade deve ser estrita ou baseada em falhas? Como os infratores da legislação penal devem ser tratados em qual nível em caso de assunção de riscos? Quanto dos recursos da sociedade devem ser aplicados para se fazer a execução da penal imposta?

³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 04

Tal como foi assinado por Alan Mitchell Polinsky e Steven Shavell (p. 405), há uma variedade de extensões da teoria central que necessita ser analisada no âmbito da Análise Econômica do Direito, tais como: o nível de atividade, os erros, os custos de imposição das multas, a execução geral, a dissuasão marginal, a relação agente-principal, os assentamentos; a oitiva dos infratores, a reincidência, o conhecimento imperfeito sobre a probabilidade a magnitude das sanções, a corrupção, a incapacitação, a observação dispendiosa da riqueza, as normas sociais e a equidade das sanções.

Segundo a teoria básica das sanções quando o cumprimento é certo (forma da sanção), de acordo com a magnitude ótima, elas podem monetárias, não-monetárias e mistas; embora outros critérios de classificação existam (POLINSKY, SHAVELL, 2007, p. 407).

No âmbito das sanções penais do tipo restrição de liberdade, falam-se em sanções não-monetárias, quando o cumprimento é certo.

Assim, considerando-se:

TP = tempo fixado da pena na sentença penal condenatória, sendo que $0 \ll TP \leq TP_{\text{máx}}$;

D (TP) = desutilidade do tempo fixado da pena da sentença penal condenatória TP, sendo $TP(0) = 0, I'(TP) > 0$.

Em outras palavras, a sentença penal máxima, $TP_{\text{máx}}$, pode ser concebida como os 30 anos previstos no art. 75 do Código Penal brasileiro, ou até mesmo a prisão perpétua em outros países. Assume-se, no modelo, que o $TP_{\text{máx}}$ é igual para todos os cidadãos.

Na ótica da responsabilidade estrita (ou objetiva), se determinado indivíduo cometer um injusto penal, após análise de culpabilidade, ser-lhe-á atribuída uma sentença de restrição de liberdade. Com isso, tal indivíduo cometerá o ato se, e somente se, o seu ganho de realizá-lo for maior do que a desutilidade (ou ineficácia) da sentença penal condenatória em uma relação de preferência em uma relação binária.

Em outras palavras, se a utilidade (ganho, g) na prática de um ato delituoso for maior do que a desutilidade da sentença da prisão, $D(TP)$, o indivíduo praticará o ato, sendo referência em tal concepção racional, os estudos de Gary Stanley Becker (1968).

A eficiência alocacional de recursos no âmbito da teoria do bem-estar social determina que a distribuição do bem-estar individual é feita a partir da assunção que o indivíduo é a unidade básica de medida social. Assim, no âmbito criminal, o bem-estar social é igual aos ganhos que os indivíduos detêm ao cometer determinado fato típico menos o dano causado, e menos o custo de do Estado impor sentenças penais.

O custo das sentenças penais condenatórias é igual à soma da desutilidade (ou ineficácia) sofrida pelos indivíduos condenados e o custo para o Estado manter determinado sistema criminal.

Formalizando-se as observações:

c = custo estatal por unidade de sentença penal condenatória, sendo $c > 0$.

A partir disso, o bem-estar social (BES) é representado por:

$$BES = \int_{D(TP)}^{\infty} \{g - \text{prejuízo} - [D(TP) + cs]\} z(g) dg \quad (1)$$

O problema da autoridade estatal, detentora do *jus puniendi* é maximizar o bem-estar social pela escolha ótima do tempo da sentença penal condenatória (TP).

Alan Mitchell Polinsky e Steven Shavell (1984), além de Louis Kaplow (1990), propõem a determinação da maximização do bem-estar social a partir da determinação da condição de primeira ordem. Com isso, a condição de otimalidade de primeira ordem de (1) poderia ser:

$$(prejuízo + cs)\left(\frac{dZ(D(TP))}{D(TP)}\right) = \int_{D(TP)}^{\infty} [D'(TP) + c]z(g)d(g) \quad (2)$$

Onde $Z(\cdot)$ é a função distribuição cumulativa para $z(\cdot)$.

Na equação (2), o lado esquerdo corresponde ao benefício marginal de se aumentar TP, sendo que $(prejuízo + cs)$ é o ganho social de se impedir indivíduos a cometer crimes, enquanto $\frac{dZ(D(TP))}{D(TP)}$ representa a quantidade de tais indivíduos impedidos a cometer os crimes.

O lado direito da equação (2) consiste no custo marginal de se aumentar TP, sendo que é composto pelos indivíduos que não incorrem em desutilidade adicional ($D'(TP)$) e que causa ao Estado a incorrência em adicionais custos de aprisionamento, c .

A sentença penal condenatória ótima, quando determinada, poderia levar a alguma subdissuasão ou à sobredissuasões, de acordo com os custos que representa.

Um exemplo que pode ser dado de inconsistência (POLINSKY, SHAVELL, 1984, p. 94) parte da hipótese de uma sentença na qual os indivíduos são compelidos a cometer um injusto penal se, e somente se, o ganho deles fosse igual ao dano. Caso a sentença fosse além desse nível, determinados indivíduos seriam impelidos a não cometer o crime, reduzindo os custos com o cumprimento das prisões. No entanto, aqueles que não fossem convencidos a não praticar crimes em tais situações suportariam sentenças maiores.

A depender de qual efeito é mais forte, pode ser adequado aumentar ou diminuir a sentença, considerando-se uma sobredissuasão ou subdissuasão. Uma mudança marginal da sentença a partir do nível inicial não causa impactos nos ganhos líquidos do dano porque os indivíduos marginais são aqueles cujos ganhos equivalem ao dano (POLINSKY, SHAVELL, 1984, p. 94; KAPLOW, 1990).

Para essa breve análise, são cabíveis outras condições a serem pensadas, tais como: a hipótese de combinação de sanções penais com multas, a teoria fundamental da sentença penal ótima quando o cumprimento da mesma é incerta (ou seja, com probabilidade de detenção), além das sanções penais monetárias (multas criminais) e não-monetárias em caso de neutralidade ao risco, aversão ao risco, para ambos os casos.

7. Conclusão

O presente artigo buscou apresentar a aproximação do Direito Penal e da Economia, em busca de uma possível pena ótima.

É fato que o Direito Penal possui papel de destaque na sociedade moderna, a qual busca a plena efetivação da justiça como forma de promoção da segurança de seus cidadãos, em atenção à visibilidade que as decisões emanadas da jurisdição criminal tem na atualidade. Neste prisma, busca-se levantar a hipótese de como maximizar a efetividade e eficácia da pena, em atenção ao baixo orçamento disposto pelo Estado.

Inicialmente, apresentou-se uma pequena introdução sobre a Análise Econômica do Direito, com o intuito de demonstração da união do Direito e da Economia, como forma de entendimento das interações humanas.

No tópico seguinte, a Economia se mostra como uma ciência útil para os juristas, quando da análise do Direito Penal e o estudo das consequências jurídicas aplicadas aos infratores. Neste tocante, tem-se a obra de Gary Becker como marco teórico, onde se assume que o agente criminoso é dotado de racionalidade e toma decisões baseado nas informações e no sistema de custos/benefícios.

Por fim, uma sanção penal ótima foi apresentada através das teorias econômicas, discorrendo por vários autores da *Law and Economics*, os quais assumem que as penas devem ter o seu custo marginal mensurado, buscando-se alternativas como penas de multas e medias de segurança para o equilíbrio do custo do crime e sua consequência jurídica.

Em resposta ao problema apresentado, evidencia-se que uma pena ótima se apresenta como possível, quando da redução dos custos para o Estado e no aumento da dissuasão do indivíduo na atividade criminosa, através da certeza da punição. A Análise Econômica do Direito Penal é a ferramenta propulsora para o estudo, se demonstrando eficiente para a presente investigação.

8. Referências

- BECKER, Gary S; LANDES, William M. (eds.). **Essays in the economics of crime and punishment: human behavior and social institutions**. Columbia: Columbia University Press, 1974.
- BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217.
- 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, n. 3, 2008, p. 389-416.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra Editores, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.
- FISCHER, Talia. **Economic Analysis of Criminal Law**. Oxford University Handbook of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, vol. 1, n. 1, 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. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 2, n. 2, 2016, p. 77 - 98.

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.

IBANEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho: método, investigación y práctica jurídica**. Barcelona: Editor Bosch, 2011.

KAPLOW, Louis. Optimal Deterrence, Uninformed Individuals, and Acquiring Information About Whether Acts Are Subject to Sanctions. **Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 6, 1990, p. 93–128.

KLEVORICK, Alvin K. **Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes"**. Faculty Scholarship Series. Paper, 1985, p. 905-920.

MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Analise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

POLINSKY, Alan Mitchell; SHAVELL, Steven. The theory of public enforcement of law. vol. 1. *In*: POLINSKY, Alan Mitchell; STEVEN, Shavell (eds.) **Handbook of Law and Economics**. Amsterdam: Elsevier, 2007, p. 403-454.

POLINSKY, Alan Mitchell; SHAVELL, Steven. The Optimal Use of Fines and Imprisonment. **Journal of Public Economics**, vol. 24, 1984, p. 89–99.

POSNER, Richard. An Economic Theory of Criminal Law. **Columbia Law Review**, vo. 85, 1985. p. 1193-1231.

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

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. – Curitiba: Virtual Gratuita (EVG), 2017.

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

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, vol. 50, 1988, p. 1471-1550.

ULEN, Thomas S. The Economics of Corporate Criminal Liability. **Managerial and Decision Economics**, vol. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, 1996, p. 351-362.

VELJANOVSKI, Cento. **The Economics of Law**. 2nd edition. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.