

TEORIA ECONÔMICA DO CRIME: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL CIENTIFICAMENTE ORIENTADA

ECONOMIC THEORY OF CRIME:
TOWARDS A SCIENTIFICALLY ORIENTED CRIMINAL POLICY

ALLAN VERSIANI DE PAULA¹

JULIO CESAR DE AGUIAR²

NEFI CORDEIRO³

RESUMO

O artigo pretende responder à questão de como o método científico inerente à teoria econômica do crime pode ser útil ao aprimoramento da política criminal no Brasil. Inicialmente, o artigo faz uma revisão da literatura sobre a teoria econômica do crime. Em seguida, utiliza o método hipotético-dedutivo para analisar de que modo a teoria econômica do crime pode ser aplicada a três questões inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro. O resultado da análise evidencia o potencial da teoria sob os ângulos preditivo, empírico e normativo. Conclui-se que a teoria econômica do crime, embora apresente limitações, permite a produção de conhecimento científico para orientar a construção mais bem informada da política criminal brasileira, o que possibilita a obtenção, a menor custo, de melhores respostas no enfrentamento à criminalidade.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria econômica do crime. Política criminal.

ABSTRACT

The paper aims to answer the question concerning how the scientific method adopted by the economic theory of crime might be useful to the improvement of criminal policy in Brazil. Initially, the paper reviews the literature on economic theory of crime. Then, it uses the hypothetical-deductive method to analyze how the economic theory of crime can be applied to three questions inserted in the Brazilian legal-criminal scenario. The result of the analysis shows the potential of the theory from the predictive, empirical and normative

- 1 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2019-2020). Pós-graduado em "Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos" pela Universidade Federal de Lavras/MG (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Procurador da República do Ministério Público Federal desde 2005. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (2002-2005). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1451-5414>. E-mail: allanversiani@gmail.com.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. PhD in Law pela University of Aberdeen, Reino Unido. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador-Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8252-2894>. E-mail: juliocesar.deaguiar@gmail.com.
- 3 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1988), graduação em Engenharia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998), graduação em Oficial Militar pela Academia Policial Militar do Guatupê (1983). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), atualmente na 6ª turma (matéria criminal). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1490-3118>. E-mail: nefi.cordeiro@msn.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAULA, Allan Versiani de; AGUIAR, Julio Cesar de; CORDEIRO, Nefi. *Teoria econômica do crime: por uma política criminal cientificamente orientada*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 312-328, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8228>.

angles. It is concluded that the economic theory of crime, although presenting limitations, allows the production of scientific knowledge to guide the construction of a better informed Brazilian criminal policy, which makes possible to obtain, at a lower cost, better responses in the fight against crime.

Keywords: Criminal law. Economic theory of crime. Criminal Policy.

INTRODUÇÃO

A teoria econômica do crime surgiu na segunda metade do século XX, no contexto do *common law* estadunidense, com a publicação do artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, do economista Gary Becker (1968)⁴. Referido estudo é considerado um dos trabalhos fundacionais da análise econômica do direito⁵, abordagem que examina os fenômenos jurídicos a partir de teorias e ferramentas analíticas da microeconomia.

O debate acerca da teoria econômica do crime ainda é recente no Brasil, porém tem se intensificado nos últimos tempos, como evidencia uma crescente produção acadêmica nacional sobre o tema, a qual, a partir da extensa literatura estrangeira desenvolvida desde a obra seminal de Becker, se dedica a discutir as potencialidades e limitações da teoria, além de procurar aplicá-la empiricamente⁶ em pesquisas que buscam melhor compreender a criminalidade no nosso país.

Este artigo se propõe a responder, a partir da análise de situações concretas inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro, à questão de saber de que modo a política criminal brasileira pode se beneficiar da teoria econômica do crime. Especificamente, pretende-se avaliar como o método científico inerente a esta teoria contribui para a tomada de decisões mais fundamentadas sobre como deve se estruturar a estratégia estatal de combate à criminalidade.

O trabalho está organizado como segue. Inicialmente são debatidos, sem pretensão exauriente, os aspectos centrais da teoria econômica do crime, a qual, fundamentada na premissa teórico-comportamental do criminoso racional, pretende orientar a política criminal em direção à dissuasão ótima. Em seguida, emprega-se o método hipotético-dedutivo para o fim de analisar três situações concretas a partir das quais se torna possível identificar como a teoria econômica do crime pode ser útil para a construção de uma política criminal mais eficiente no Brasil.

4 Segundo Aguiar (2002, p. 12), o estudo de Becker "revive e aperfeiçoa os ensinamentos da teoria criminológica utilitarista, enunciada por Cesare Beccaria e desenvolvida por Jeremy Bentham, ainda no século XVIII", mas sua importância vai além do âmbito penal, "por exemplificar com sucesso a possibilidade de estender, para fora dos limites mercantis tradicionais, o pressuposto fundamental da teoria econômica, qual seja, o da racionalidade dos agentes na utilização dos meios adequados à consecução dos seus objetivos". Especificamente sobre a influência das ideias de Jeremy Bentham no trabalho de Becker, ver Posner (2002).

5 Ao lado dos artigos de Ronald Coase (*The problem of social cost*, 1960) e Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*, 1961).

6 Uma compilação de estudos empíricos realizados no Brasil a partir da teoria econômica do crime é encontrada em Olsson e Timm (2012, p. 123-128). Nesse campo, merecem destaque os trabalhos realizados em estabelecimentos penitenciários pelo economista Pery Francisco Assis Shikida e sua equipe, cujos resultados foram sintetizados em Shikida (2010).

1. ECONOMIA DO CRIME: A PREMISSE DO CRIMINOSO RACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS

A teoria econômica do crime apresentada por Becker (1968) é uma teoria da dissuasão: o direito penal existe para desestimular a prática de atos socialmente indesejáveis que de outro modo não seriam adequadamente evitados. Isso implica que, desde a perspectiva econômica, o objetivo do direito penal não é racionar os crimes mediante a fixação de preços que permitam a sua prática, mas eliminar a criminalidade impondo sanções tendentes a impedir sua ocorrência⁷. Não fosse o elevado custo de aplicar sanções penais, o nível ótimo da atividade criminosa seria zero ou algo próximo a isso (POSNER, 1985).

A realidade demonstra, contudo, que crimes acontecem, e aparentemente em frequência superior à que poderia ser considerada ideal⁸. Isso pode ser explicado pelo fato de que a sanção definida em lei para cada crime não corresponde à sanção esperada pelo criminoso que o pratica, na medida em que os dois valores só seriam equivalentes caso a incidência da sanção legalmente cominada fosse uma certeza. Como isso não ocorre, já que nem todos os crimes são descobertos e punidos⁹, o custo esperado do crime¹⁰ não é igual à sanção abstratamente cominada ao delito, e sim à quantidade de pena fixada em lei descontada pela probabilidade de que o autor do crime seja identificado e condenado. Segundo a premissa do criminoso racional¹¹, adotada pela teoria econômica do crime, é esse o cálculo que o delinquente realiza ao avaliar *ex ante* os benefícios e os custos do delito, de modo a decidir pelo

7 Cooter (1984) sustenta que os preços devem ser fixados quando a atividade é permitida, enquanto as sanções são voltadas a atividades proibidas. Os preços visam a internalizar os custos da atividade de modo a que os indivíduos possam decidir executá-la ou não, enquanto as sanções visam a dissuadir as pessoas da prática de comportamentos desviantes. Estas últimas devem ser dimensionadas levando em conta o estado mental do agente, que indica o nível de resistência à dissuasão (ato intencional ou não, primeiro ato praticado ou reincidência etc.). Os preços, por sua vez, devem ser mensurados com base na extensão do dano causado a terceiro, independentemente do estado mental do agente. As diferenças entre preço e sanção servem a explicar o porquê de a reincidência ser punida com maior severidade, bem como o motivo de se punir a tentativa que não causa dano. Fossem as penas preços, a reincidência não deveria influir na severidade da punição, pois não aumenta o dano causado pelo segundo crime. Já a tentativa não causaria dano a ser internalizado. A justificativa é que o objetivo, nos dois casos, é a dissuasão, que se obtém mediante sanções que devem ser dosadas conforme o estado mental do criminoso. O reincidente revela maior resistência à dissuasão, o que impõe sanção mais severa. A tentativa eleva o custo esperado do delito sem aumentar a punição, tendo efeito dissuasório semelhante à manutenção de força policial, mas a custo menor.

8 A afirmação de que há um nível de criminalidade ideal, se moralmente questionável do ponto de vista da doutrina tradicional, não o é sob a lente do enfoque econômico do direito penal, como será visto logo mais adiante.

9 Shikida e Amaral (2019, p. 320) anotam que “não existem dados que estimem a probabilidade de detenção de um indivíduo no Brasil, mas supõe-se ser menor que a verificada nos Estados Unidos, que é de apenas 5%. Isso implicaria dizer que no Brasil a probabilidade de sucesso no setor do crime pode ser maior do que 95%.”

10 Aqui entendido estritamente como o custo decorrente da punição, em prol da simplicidade. Há, porém, outros custos em que o criminoso às vezes incorre para a prática do delito e que não se relacionam à punição. Estes custos constam da fórmula de benefício líquido esperado de Ehrlich (1996), qual seja: *retorno líquido esperado = retorno bruto esperado - custos diretos incorridos na aquisição do produto do crime - renda perdida em alguma atividade legítima - pena potencial descontada pela probabilidade de condenação.*

11 “Embora essa suposição do ‘criminoso racional’ pareça a muitos absurda ou inapropriada, esses mesmos céticos, quando perguntados sobre a função social da sanção criminal, geralmente apontam a dissuasão como pelo menos uma das suas justificativas (se não a principal). Mas, é claro, essa resposta sustenta o ponto de vista do economista, pois sem cálculo racional por parte de pelo menos alguns pretensos infratores, a dissuasão é um conceito vazio” (MICELI, 2017, p. 29, tradução nossa). Em trabalho mais recente, Miceli (2019, p. 25-26) anota que “a premissa [do criminoso racional] parece mais plausível para crimes que envolvem ganho monetário, como os crimes de colarinho branco, tráfico de drogas e roubo. Ela é provavelmente menos relevante para crimes violentos e quase certamente irrelevante para crimes de paixão ou para autores com algum tipo de deficiência mental permanente ou temporária” (tradução nossa). Eide (2000, p. 363-364), contudo, após citar estudos que encontraram “substanciais elementos de racionalidade” em crimes de estupro, homicídio e violência doméstica, adverte que “embora o efeito da punição possa diferir entre os tipos de crime, as evidências até agora indicam que a moldura da escolha racional é relevante para todos os tipos de crime, e que análises que *a priori* rejeitam a possibilidade de alguns crimes específicos serem dissuadidos são inadequadas” (tradução nossa).

cometimento do crime se os benefícios superarem os custos esperados, ou seja, se o valor esperado ou benefício líquido do delito for positivo¹².

Mas para maximizar a utilidade esperada do delito, o criminoso racional buscará o maior benefício que puder extrair de sua conduta. Adotando-se como premissa que crimes mais sérios em regra são punidos com maior rigor, e que à maior gravidade do delito corresponde um maior retorno de utilidade ao delinquente, é possível concluir que o criminoso aumentará a seriedade do delito sempre que os benefícios dessa escalada superarem os custos inerentes ao incremento da sanção esperada. Noutra dizer, o delinquente sopesará o benefício gerado por cada pequeno aumento da seriedade do delito e o custo advindo da majoração da punição esperada, elevando a gravidade do crime enquanto o benefício marginal for superior ao custo marginal, até o ponto em que ambos se igualem¹³. Para melhor desenvolver a ideia de marginalidade, imagine-se que $g1$, $g2$ e $g3$ representam, em ordem crescente, três níveis distintos de gravidade de um delito, em todos eles sendo positivo o valor esperado do crime (ou seja, o benefício é superior aos custos esperados). Assuma-se que, para certo criminoso, o benefício em $g1$ é de \$100, em $g2$ é \$150 e em $g3$ é \$200, sendo os respectivos custos esperados de \$25, \$65 e \$125. Nesse cenário, será proveitoso ao criminoso elevar a gravidade do crime de $g1$ a $g2$, pois o benefício marginal (\$50), dado pela diferença entre os benefícios em $g2$ e $g1$, excede o custo marginal (\$40), indicado pela diferença dos custos esperados em $g2$ e $g1$. Não será vantajosa, porém, a escalada de gravidade de $g2$ a $g3$, pois o benefício marginal (\$50) nesse caso é menor do que o custo marginal (\$60)¹⁴.

Se os custos esperados do delito para o criminoso, em razão dos quais se define a medida da dissuasão, são o resultado da punição prevista em lei (S) descontada pela probabilidade de sua aplicação (p), então pode-se concluir, primeiro, que é possível atingir o mesmo patamar de dissuasão com diferentes combinações de p e S , e, segundo, que a obtenção de um nível mais alto de dissuasão passa pela majoração daquelas variáveis, isolada ou conjuntamente. De fato, para o modelo padrão da análise econômica do crime, baseado na neutralidade do criminoso em relação ao risco¹⁵, uma sanção de \$1000 com probabilidade de 0,1 é igual à pena de \$500 com probabilidade de 0,2 ou à pena de \$200 com probabilidade de 0,5: para todas o custo esperado do delito é \$100. De outro lado, à medida que p e S sobem,

12 Em notação matemática singela, o *custo esperado* do delito é identificado pela equação $Ce=pS$ (onde S é a sanção cominada ao delito e p a probabilidade de o criminoso ser responsabilizado). Assim, o *valor esperado* ou *benefício líquido* pode ser representado da seguinte forma: $Ve=B-pS$ (sendo B o benefício a ser obtido com o crime). Uma condição para que o crime seja praticado, portanto, é de que $B-pS > 0$ (PATRÍCIO, 2015).

13 O ponto em que o benefício marginal equivale ao custo marginal representa, na visão dos economistas, o ótimo econômico para quase todas as decisões (COOTER e ULEN, 2010).

14 Cabe notar que os benefícios nem sempre expressam termos econômicos (ainda que não puramente monetários), a exemplo daqueles ligados a crimes passionais. A doutrina majoritária, contudo, considera possível traduzir todos os benefícios, inclusive de ordem psíquica, para a linguagem econômica (ALFARO e URRUTI, 2019). Da mesma forma, os custos esperados do delito comumente não se expressam em termos monetários. Isso porque estes custos são função da pena cominada ao crime, a qual, como regra geral, assume a forma de restrição da liberdade (a prisão sendo o principal exemplo), não de punição pecuniária. A conversão das sanções penais em valores econômicos é baseada no custo de oportunidade, entendido como aquilo de que se abdica quando se emprega um recurso escasso de modo a impedir que ele tenha um uso alternativo. Segundo essa noção, a severidade da prisão pode ser medida pelo custo de oportunidade que a pena carrega em termos de perda da renda que o criminoso obteria solto e de perda de utilidade devido às restrições de consumo e liberdade a que estará submetido (BECKER, 1968).

15 A indiferença entre distintas combinações de p e S pressupõe a neutralidade ao risco. Para quem tem aversão ao risco, é mais dissuasória, entre duas combinações de pena e probabilidade, aquela que tem uma pena maior com uma probabilidade menor. Inversamente, quando o criminoso tem preferência pelo risco, uma maior probabilidade de punição dissuade mais. A aversão ao risco, no caso, indica que a pessoa prefere um resultado mais certo (maior probabilidade) no qual perderá menos (pena menor) do que resultado mais incerto (probabilidade menor) de perder mais (pena maior), embora o custo esperado seja igual. A preferência pelo risco é o simétrico oposto.

os custos esperados do delito se elevam e, conseqüentemente, o seu valor esperado diminui, levando a que menos crimes sejam cometidos. É a aplicação da lei da demanda (ou, no âmbito penal, "primeira lei da dissuasão"), que prescreve que a procura por determinado bem (o crime) reduz quando o custo de aquisição (punição esperada) cresce. Cooter e Ulen (2010, p. 480) destacam a sustentação empírica desse enunciado afirmando que, "em experimentos de laboratório, até os ratos obedecem a Primeira Lei da Dissuasão, e até o pior ser humano ainda é mais racional do que um rato"¹⁶.

Mas qual é, do ponto de vista da teoria econômica do crime, a combinação adequada entre probabilidade de punição e severidade da sanção? E qual o nível ideal de dissuasão a ser buscado pela lei penal? Tais questões são de índole normativa, e dizem respeito à segunda parte da teoria econômica do crime proposta por Becker, na qual, a partir das implicações da premissa do criminoso racional, são deduzidas proposições sobre como deve ser estruturada a política pública de enfrentamento à criminalidade com vistas à dissuasão ótima. Para respondê-las, será necessário deslocar o foco da análise, até então voltada ao delinquente e os custos e benefícios a ele referentes, para a sociedade e os custos que ela suporta devido à criminalidade. São os custos sociais do delito, que podem ser desmembrados em custos diretos e custos indiretos.

Os custos diretos dizem respeito aos danos que a atividade criminosa provoca às vítimas de crime. Os economistas geralmente consideram tais custos como a diferença entre os prejuízos causados à vítima e o benefício auferido pelo criminoso¹⁷. Assim, se um ladrão, para furtar um aparelho de som que vale \$75 e se encontra instalado em um veículo, rompe a janela deste, que custa \$100, e subtrai o equipamento, o benefício para o criminoso é \$75 e o prejuízo da vítima é \$175, sendo o dano direto causado pelo delito, portanto, de \$100¹⁸ (COOTER e ULEN, 2010).

Os custos indiretos, por sua vez, referem-se aos custos de natureza pública e privada em que a sociedade incorre em razão das atividades de prevenção e punição aos delitos.

No âmbito privado, enquadram-se nessa definição as despesas que as potenciais vítimas de crime fazem para se proteger da atuação dos transgressores, como a colocação de

16 Há considerável literatura empírica dando suporte à proposição teórica de que o aumento da probabilidade de punição ou da severidade da pena eleva a dissuasão, sendo apresentado um resumo dessa produção científica, por exemplo, em Ehrlich (1996) e Eide (2000). Martinez (2016) destaca os estudos de Levitt (1998) e Kessler e Levitt (1999), afirmando que eles teriam superado a limitação metodológica de estudos anteriores que, ao analisarem as taxas de criminalidade, não distinguiram os efeitos da dissuasão, causados por alterações na probabilidade de punição ou na severidade da sanção, e os efeitos da incapacitação causada pela prisão (se há mais prisões, há menos criminosos nas ruas). O estudo de Kessler e Levitt (1998) é um experimento natural propiciado pela aprovação e aplicação, na Califórnia, da política *three strikes and you're out*, que pode ser explicada como a imposição de um significativo aumento da severidade da sanção a partir da terceira condenação. Nos dizeres de Cooter e Ulen (2010, p. 513), "esse foi um dos estudos mais drásticos e cuidadosos a encontrar um efeito dissuasivo causado por sanções penais que possam ser diferenciadas dos efeitos incapacitantes do aprisionamento". Vide ainda, nessa temática, o trabalho de Mendes e McDonald (2001), que, a partir da pesquisa de 33 estudos realizados entre 1971 e 1995, cujos achados eram consistentes quanto ao efeito dissuasório do aumento da probabilidade de punição, mas não tão conclusivos quanto ao efeito dissuasório ligado à severidade da pena, sustenta a impossibilidade de se analisar o efeito dissuasório de cada variável de forma isolada, debitando a essa "separação do pacote" o fato de alguns estudos terem falhado em identificar efeitos dissuasórios importantes relacionados à severidade da sanção.

17 O que é objeto de controvérsias entre doutrinadores, pois alguns sustentam que os benefícios do criminoso não deveriam ser considerados. Cooter e Ulen (2010) ressaltam que essa conclusão pode variar a depender da situação em análise: se alguém, perdido na mata, encontra uma cabana desabitada, a invade e furta comida para não morrer de fome, muitos concordariam que o benefício deveria ser contado como ganho social; entretanto, se o crime é o estupro, à maioria das pessoas pareceria repugnante considerar o prazer do estupro como ganho.

18 Essa é uma simplificação. Como regra, o valor que o criminoso atribui ao bem obtido por meio do crime é menor do que o valor que a vítima confere ao mesmo bem. Esse valor, para Posner (1985), é medido pela disposição para pagar, e a transferência coercitiva que caracteriza o crime, ao evidenciar uma baixa disposição do delinquente em adquirir o bem no mercado, quase nunca transfere recursos para um uso mais valioso.

ofendículos (cercas eletrificadas, cacos de vidro etc.) nos muros das casas, a instalação de grades, alarmes e câmeras de segurança, a contratação de segurança privada e apólices de seguro e a criação de estruturas corporativas de combate a fraudes no âmbito das empresas. Dado o monopólio estatal do direito de punir, os custos privados se relacionam à prevenção do delito e, quando impactam a probabilidade de responsabilização do criminoso¹⁹, fazem subir o custo esperado do delito.

Os custos indiretos públicos correspondem aos gastos que o Estado realiza nos serviços de prevenção, investigação e julgamento dos delitos, bem como nas atividades de execução das penas impostas no âmbito do processo penal. Envolvem, no primeiro grupo, as despesas com a manutenção de uma força policial ostensiva de enfoque preventivo e com o funcionamento de órgãos estatais incumbidos das funções de elucidar os crimes ocorridos e submeter seus autores a julgamento, visando a condená-los. Já as atividades do segundo grupo, relativas à execução das penas impostas, implicam gastos com o funcionamento do sistema penitenciário, além das despesas para fiscalização do cumprimento de penas distintas do encarceramento.

Considerando a fórmula do custo esperado do delito ($Ce=pS$), nota-se que os custos com prevenção, investigação e julgamento impactam a probabilidade de que o crime seja descoberto e o seu autor responsabilizado. Incrementar essa probabilidade exige mais gastos públicos, pois, diz Friedman (2000, p. 225), "são necessários mais policiais para prender cinquenta homicidas em cem do que para prender vinte e cinco, e mais tempo dos promotores e das cortes para condená-los" (tradução nossa). Já os custos com a execução das penas impostas pelo Judiciário são dependentes da severidade da pena. O custo de impor sanções é tanto maior quanto mais severas são as punições, pois penas mais duras, como a prisão, requerem grandes investimentos em construção, manutenção e operação de presídios, o que não ocorre com penas mais leves como a multa, que têm baixo custo de execução e geram receita ao Estado (POSNER, 2007). O mesmo ocorre quando se modifica, para maior, a duração de penas da igual natureza: penas de prisão longas demandam mais recursos públicos do que penas de prisão curtas e, dadas as limitações de solvência, multas maiores tendem a implicar gastos mais altos com cobrança do que multas menores, pois a coleta daquelas é mais difícil do que a destas (POSNER, 2007). Em consequência, a elevação do custo esperado do delito mediante aumento da probabilidade de o criminoso ser condenado ou por meio do recrudescimento da severidade das penas aplicadas resulta em maior comprometimento de dinheiro público.

É possível retomar, agora, as questões anteriormente formuladas acerca da combinação ideal entre probabilidade de punição e severidade da pena, bem como sobre o nível de dissuasão a ser perseguido pelo direito penal, que se propõem a identificar, respectivamente, a eficiência dos meios dissuasórios (independentemente do nível de dissuasão de que se trate) e o nível ótimo da dissuasão.

Sobre a primeira questão, Friedman (2000) diz que um sistema eficiente buscará, entre distintas combinações de probabilidade de punição e severidade da sanção que acarretem o mesmo custo esperado ao criminoso – e que, portanto, tenham o mesmo efeito dissuasório –, a combinação em que a soma dos custos indiretos do delito atinja o menor valor possí-

19 Nem sempre os custos indiretos privados impactam a probabilidade de o criminoso ser punido. Alguns meios privados de dissuasão redistribuem o crime, que será cometido em outros locais ou sob outras circunstâncias.

vel²⁰. Da ótica estatal, isto é, desconsiderando-se os custos indiretos privados do delito²¹, a combinação eficiente será aquela em que, para o mesmo nível de dissuasão, a soma dos gastos públicos com prevenção, investigação e julgamento de crimes, de um lado, e com a execução das sanções impostas pelo Judiciário, de outro, acarrete o menor consumo de receita pública. Assim, para distintas combinações de probabilidade e severidade da pena que produzam um mesmo custo esperado do delito, caberá ao Estado avaliar o custo de se obter cada percentual de probabilidade de punição e o custo de se aplicar cada nível de severidade da pena para encontrar a conjugação menos dispendiosa e conseqüentemente mais eficiente. Um exemplo pode ser útil: suponha-se, para um delito com custo esperado de \$1.000, que para cada 1% de probabilidade de punição obtido o Estado precise gastar \$5, e que o custo de executar a pena imposta suba \$5 a cada nível de \$50 de severidade da sanção. Desconsideradas outras possíveis combinações, é mais eficiente a combinação de 40% de probabilidade de punição (que custaria \$200 ao Estado) com a pena de \$2.500 (custo de \$250 ao Estado) do que os arranjos alternativos de 20% de probabilidade (\$100) com pena de \$5.000 (\$500) ou de 80% de probabilidade (\$400) e pena de \$1.250 (\$125).

Considerando que o ótimo econômico corresponde ao ponto em que o custo marginal e o benefício marginal são equivalentes, a eficiência será máxima quando, em um mesmo nível de dissuasão, houver equilíbrio entre os custos indiretos públicos que impactam a probabilidade de punição (prevenção, investigação e julgamento) e os custos indiretos públicos relacionados à execução das penas impostas pelo Judiciário. Nesse ponto, qualquer variação na combinação entre probabilidade de punição e severidade da pena, por mínima que seja, resulta em aumento do gasto total com os custos indiretos públicos do delito.

Evidentemente, a formulação teórica enfrenta desafios práticos. Penas diversas têm não só custos diferentes, mas efeitos dissuasórios distintos. Penas de prisão de longa duração, por exemplo, são obtidas mediante adição de tempo de encarceramento ao seu final. Uma pena de prisão de 4 anos é mais longa do que uma de 2 anos porque, ao final destes, há o acréscimo de mais 2 anos. Se a taxa de desconto do criminoso for positiva, os anos adicionais não causarão perda de utilidade idêntica à experimentada pelo delinquente nos primeiros anos de cárcere²². Embora a referência a taxa de desconto cause estranhamento, já que a pena de prisão, a despeito do custo de oportunidade nela embutido, é uma sanção não-monetária, a incidência do desconto decorre da circunstância de as pessoas preferirem o consumo imediato ao diferido, por isso atribuindo menor valor ao consumo futuro do que ao

20 A abordagem de Friedman (2000) é mais ampla do que a que ora se faz, pois acresce aos custos indiretos relativos à execução da pena o custo de oportunidade em que o criminoso incorre. O autor apresenta o conceito de "custo de punição", definido como a diferença entre o custo que a punição impõe sobre o criminoso e o benefício (que pode ser negativo e, assim, custo) que a mesma punição proporciona a terceiros. Logo, a imposição de uma multa acarretaria custo de punição igual ou próximo a zero, pois a arrecadação da multa gera uma transferência da quantia do delinquente ao Estado. A pena de prisão, inversamente, tenderia a gerar benefício negativo, pois ao custo de oportunidade do condenado se somariam os custos indiretos públicos inerentes ao sistema prisional.

21 Além das dificuldades de se conhecer com razoável precisão os custos que os cidadãos assumem para se prevenir da criminalidade, os custos indiretos privados não estão necessariamente alinhados com os benefícios sociais, mas com benefícios igualmente privados, como visto na nota n. 16 *supra*.

22 Posner (1985) exemplifica que, se o criminoso tiver uma taxa de desconto de 10%, uma prisão de 10 anos implica desutilidade apenas 6,1 vezes maior do que a desutilidade causada pela pena de 1 ano de prisão, e uma prisão de 20 anos enseja desutilidade 8,5 vezes maior do que uma pena de prisão de 1 ano. Diminuindo-se a taxa de desconto para 5%, os números seriam, respectivamente, 7,7 para uma pena de prisão de 10 anos e 12,5 vezes para uma pena de 20 anos.

consumo atual, o que, conseqüentemente, exige que sejam recompensadas pelo adiamento²³ (POSNER, 1985).

De outro lado, multas em valores significativos geralmente excedem a capacidade de pagamento dos delinquentes, o que enfraquece o seu efeito dissuasório²⁴ e torna necessário, para que a dissuasão se mantenha no nível desejado, o recurso ou a multas menores com maior probabilidade de aplicação ou a outras formas de punição, como a prisão, o que em ambos os casos elevaria os custos indiretos do delito. Não fosse o limitado potencial dissuasório da multa, em qualquer nível de dissuasão o meio dissuasório mais eficiente, que resultaria na menor soma dos custos indiretos públicos, seria a combinação de multa próxima ao infinito, cujos custos de execução seriam baixos, com uma probabilidade de punição próxima a zero, que exigisse gastos ínfimos em prevenção, investigação e julgamentos de delitos (POSNER, 1985). Mas mesmo nos casos em que a implementação prática da teoria se mostra factível, isto é, nas situações em que a riqueza dos criminosos permite o pagamento de multas em patamares muito elevados, há dificuldades para se adotar a pena de multa de forma mais ampla. Algumas dessas dificuldades, indicadas por Levitt (1997), são as informações privadas que os criminosos possuem sobre seus níveis de riqueza (o que impede o Estado de bem avaliar a capacidade de pagamento das multas), a possibilidade de ocultação de bens pelos criminosos e os custos para o confisco daqueles, que podem ser proibitivos em alguns casos. Outra dificuldade é que a punição a um crime por meio de multa, quando cometido pelo criminoso rico que pode pagá-la, e mediante prisão, quando o criminoso é pobre, é percebida como punição injusta (e mesmo inconstitucional) pela sociedade, indicando que esta considera importantes outros valores, além da dissuasão, para determinação da sanção penal (MICELI, 2017).

Se a dissuasão eficiente, em qualquer nível de dissuasão, significa um equilíbrio interno entre os custos indiretos do delito, o nível ótimo de dissuasão refere-se ao equilíbrio entre tais custos indiretos e os custos diretos do delito, cuja soma revela os custos sociais do delito. Noutro dizer, o nível ótimo de dissuasão será atingido quando a soma dos custos indiretos e dos custos diretos do delito ensejar a minimização dos custos sociais do delito, sendo esta minimização, no entendimento de Cooter e Ulen (2010), o objetivo da análise econômica do Direito Penal.

Como observado anteriormente, a primeira lei da dissuasão prescreve que o aumento do custo esperado do delito reduz o número de crimes. Quanto menos crimes cometidos, menores os custos diretos causados pela delinquência. Também se viu que o aumento do custo esperado do delito exige a elevação da probabilidade de punição do criminoso ou da severidade da sanção, o que reclama aumento dos custos indiretos do delito. Síntese dessas afirmações pode ser assim esboçada: a sociedade arca com os custos indiretos públicos e privados do delito para reduzir os danos que a criminalidade causa às vítimas do delito (custos diretos). Essa redução, conforme Alfaro e Urruti (2019), é o benefício social almejado com a diminuição dos crimes.

23 Predomina hoje a compreensão de que o desconto do futuro é mais bem descrito como um desconto hiperbólico, e não constante. Isso quer dizer que as taxas de desconto do futuro variam com o passar do tempo, sendo muito elevadas para o futuro próximo e relativamente baixas para o futuro distante (MURAMATSU e FONSECA, 2008).

24 A redução do efeito dissuasório da multa que supera a capacidade de pagamento do criminoso decorre do fato de que S , na fórmula do custo esperado do delito ($C_e = pS$), nessa situação não é o valor da multa fixada ao delito, mas um valor menor equivalente ao patrimônio do criminoso. Logo, é esse patrimônio que irá definir e limitar a dissuasão, de modo que a multa, no que exceder o patrimônio do criminoso, não terá qualquer efeito dissuasório.

Na acepção de Kaldor-Hicks²⁵, não seria eficiente o sistema no qual os custos indiretos incorridos para enfrentar o crime fossem maiores do que os benefícios sociais hauridos desse combate. Consequentemente, a partir do momento em que o custo de prevenir um crime a mais supera o dano que o crime a ser prevenido causaria, não é eficiente dissuadi-lo. Esse argumento pode ser apresentado de outra forma: enquanto a diminuição do custo direto do delito (benefício marginal) superar os custos indiretos incorridos para propiciá-la (custo marginal), estes custos indiretos (e, de conseguinte, o custo esperado do delito) devem ser aumentados, até o ponto em que se alcance o nível ótimo de dissuasão, no qual o benefício social marginal de reduzir mais um crime seja igual ao custo social marginal de se fazê-lo²⁶. Para a teoria econômica do crime, portanto, não é eficiente eliminar a criminalidade, pois os custos de se fazê-lo seriam superiores aos benefícios sociais derivados da erradicação total dos crimes.

É necessário atentar, porém, para a complexidade de se estabelecer o nível ótimo de dissuasão na prática. O risco maior é o de que aumentos do custo esperado de delitos isolados, notadamente por meio do incremento da severidade da sanção, tenham êxito em reduzir os custos diretos causados por aquele específico delito mas, devido a existência de crime substituto de maior gravidade, acabem por majorar a quantidade destes últimos, ao fim elevando o custo social total da criminalidade (ALFARO e URRUTI, 2019).

Se o custo esperado do delito de furto, por exemplo, for igual ao do crime de roubo, os delinquentes serão incentivados a praticar o crime mais grave, dada a premissa de que, quanto maior a seriedade do delito, maiores os benefícios proporcionados aos criminosos. Quando isso ocorre, há o enfraquecimento da dissuasão marginal, entendida como o incentivo para que os delitos mais sérios sejam substituídos por delitos menos graves²⁷ (POSNER, 1985). Sobre essa questão, Cooter e Ulen (2010, p. 491) advertem que “as penas não existem isoladamente: elas são parte de uma escala integrada que influencia seus valores ótimos. O uso de dissuasores fortes com crimes menos sérios em geral impede que os mesmos sejam usados em crimes mais graves”.

2. TEORIA ECONÔMICA DO CRIME APLICADA: O MÉTODO CIENTÍFICO A SERVIÇO DA POLÍTICA CRIMINAL

No campo político-criminal, a teoria econômica do crime e a metodologia a ela inerente permitem estimar os efeitos que poderão ser causados por distintas estratégias de enfren-

25 Por esse critério, uma política pública é considerada eficiente quando os benefícios que dela decorrem superam os custos derivados de sua implantação. Esse critério foi desenvolvido como uma forma de resolver as dificuldades do critério de Pareto, que considera uma situação eficiente, sob o ângulo da alocação de recursos, quando promove a melhora da condição de pelo menos uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra.

26 No ponto, advertem Cooter e Ulen (2010) que os custos sociais marginais de se reduzir a criminalidade sobem à medida que se atinge níveis mais altos daquela redução. Logo, a redução adicional da criminalidade em 1% custa menos quando o índice de redução da criminalidade é de 5% do que quando ele já alcançou 95%. Inversamente, o benefício social marginal diminui à medida que o nível de dissuasão da criminalidade aumenta. Assim, a redução da criminalidade de 5% para 7% traz mais benefícios sociais do que a redução da criminalidade de 95% para 97%.

27 A ideia de dissuasão marginal remonta a Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 2004, p. 69): “[...] se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens [...]”.

tamento à criminalidade, contribuindo para a elaboração da política criminal com base em conhecimento científico, e não em intuição ou bom senso. A consequência tende a ser a adoção de estratégias mais eficientes, que alcancem melhores resultados e otimizem os escassos recursos públicos.

Exemplificativamente, a teoria econômica do crime poderia evidenciar que a política criminal fundada preponderantemente no aumento da severidade das penas, o que é comum no Brasil, talvez não resultasse em ganhos importantes em dissuasão devido às elevadas taxas com que os criminosos descontam o futuro²⁸, e faria os custos indiretos ligados à elevação da despesa com execução da pena superarem os benefícios sociais esperados com a adoção daquela política. Um modelo que se debruçasse sobre a questão talvez concluísse que maiores benefícios sociais seriam alcançados aumentando-se a dissuasão não pela majoração da pena, e sim pela elevação da probabilidade de punição, e que esta elevação geraria mais benefícios sociais ainda se fosse realizada mediante investimentos em tecnologias que facilitassem a elucidação da autoria dos delitos, e não mediante contratação de policiais. Ainda a título de exemplo, a análise econômica da utilização do indulto como instrumento de política penitenciária para mitigar o problema da superlotação carcerária poderia em tese concluir que essa política, devido ao seu efeito negativo na dissuasão (a diminuição da pena reduz o custo esperado do delito), em determinado horizonte temporal poderia acarretar aumento da criminalidade e, em consequência, mais encarceramento. Isso não só aumentaria os custos sociais diretos e indiretos do delito como agravaria o problema que se pretendia resolver, evidenciando a necessidade de que a concessão do indulto se fizesse associada a medidas para recompor o nível de dissuasão ou, talvez, a necessidade de se adotar outra política para resolver o grave problema carcerário brasileiro.

Esses são apenas alguns exemplos de como a teoria econômica do crime pode auxiliar a política criminal, sendo que muitas questões que influenciam o nível de criminalidade já foram abordadas pela literatura estrangeira²⁹. De todo modo, as especificidades do sistema jurídico-penal e da realidade brasileiros fornecem amplo campo de pesquisa para a aplicação do método econômico aos variados problemas relacionados à criminalidade no nosso país.

Para ilustrar como a teoria econômica do crime pode ser utilizada para a construção da política criminal brasileira, analisam-se, a seguir, três situações inseridas no cenário jurídico-criminal nacional. As situações foram selecionadas devido a sua simplicidade e capacidade para demonstrar o potencial preditivo, empírico e normativo da teoria econômica do crime, sendo indiferente, portanto, a matéria de fundo nelas debatida. A análise será feita em três etapas: de início, expõe-se como o método econômico atua a partir da premissa do criminoso racional para derivar predições sobre o comportamento do delinquente; em seguida, exemplifica-se como as predições podem ser submetidas a teste empírico de validação ou

28 Polinsky e Riskind (2017) citam estudos empíricos que concluíram que os criminosos possuem taxas de desconto elevadas, que reduzem sensivelmente a diferença percebida entre períodos curtos e longos de encarceramento.

29 A literatura estrangeira registra estudos em diversas questões de política criminal, já tendo abordado, para citar poucos exemplos, a influência da descriminalização do aborto nas taxas futuras de criminalidade (LEVITT, 2004), a combinação ideal entre penas de prisão e multa (POLINSKY e SHAVELL, 1984) e a combinação ideal de prisão, livramento condicional e penas restritivas de direito (POLINSKY e RISKIND, 2017). Autores brasileiros têm se dedicado a estudar essa literatura empírica em busca de soluções compatíveis com o sistema jurídico-penal pátrio, como Boson (2015), que analisou a política do *three strikes and you're out* adotada em estados norte-americanos, e Odon (2018), que sugeriu interessantes medidas de política criminal passíveis de serem adotadas no Brasil, as quais teriam, segundo aquele autor, alto impacto nas taxas de criminalidade brasileiras

rejeição; finalmente, mostra-se como as conclusões científicas propiciadas pelo método econômico podem secundar, à vista da meta social³⁰ que se queira realizar, propostas normativas acerca de qual medida de política criminal³¹ deve ser adotada em determinada situação.

2.1 PREDIÇÃO: A LEI 13.654/2018 E O ROUBO PRATICADO COM ARMA BRANCA

Esse exemplo reflete o que ocorreu quando a Lei 13.654/2018 foi editada. Referida lei revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, que previa como causa de aumento do roubo, de 1/3 até metade, o emprego de arma (sem distinguir entre arma branca e arma de fogo). A mesma lei acrescentou o § 2º-A ao art. 157 do Código Penal, ali prevendo a causa de aumento, em patamar mais gravoso (2/3), apenas para o uso de arma de fogo, sem menção à arma branca, o que levou o roubo com arma branca a ser apenado da mesma forma que o roubo simples. Esse quadro perdurou até a Lei 13.964/19, a qual, entre várias modificações, restabeleceu a causa de aumento pelo uso de arma branca em seu patamar original (de 1/3 até metade).

Está além do escopo desta análise abordar o impacto da alteração em fatos passados. O que importa à teoria econômica do crime é entender como a alteração legal afetou a estrutura de incentivos que o criminoso considera ao decidir, *ex ante*, pela prática ou abstenção do crime.

Um modelo preditivo baseado na premissa do criminoso racional ofereceria, como sua primeira e mais óbvia implicação, a conclusão de que a retirada da causa de aumento do roubo com arma branca reduziu o custo esperado deste delito (houve redução da variável S na fórmula $Ce = pS$), o que provavelmente seria seguido pelo aumento na demanda por sua prática.

O modelo também concluiria que, ao igualar a pena dos roubos simples e com emprego de arma branca, os quais funcionam como crimes substitutos, a inovação legislativa eliminou a dissuasão marginal que existia entre ambos, que incentivava a substituição do delito mais grave (roubo com o uso de arma branca) pelo delito menos grave (roubo simples). Consequentemente, ao aumento da demanda pelo roubo com emprego de arma branca se contraporía a redução na procura pelo roubo simples. Com efeito, como o valor esperado do delito equivale ao benefício a ser obtido com a prática do crime menos o custo esperado deste ($Ve = B - pS$), o valor esperado do roubo com emprego de arma branca superaria o do roubo simples por duas razões. Primeiro, se considerarmos que à maior gravidade do delito correspondem maiores benefícios (o emprego de arma branca facilita a subtração), a variável B , no roubo com emprego de arma branca, será maior. Segundo, se considerarmos que o uso de arma branca reduz a resistência da vítima e facilita a fuga do criminoso, minorando as chances de captura, a variável p na fórmula do custo esperado do roubo com arma branca

30 Entende-se por meta social "o estado de coisas politicamente definido como socialmente desejável" (AGUIAR, 2017, p. 140).

31 Adota-se, no presente trabalho, a visão de política criminal proposta por Roxin (2000, p. 22 e 82), que, superando a incomunicabilidade entre o direito penal e a política criminal sustentada por Liszt no final século XIX, afirma haver uma "unidade sistemática" entre ambos, de modo que o direito penal seria "muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica".

será menor do que na do roubo simples, o que diminui o custo esperado do primeiro e, de consequente, aumenta o seu valor esperado.

Outra implicação seria que a Lei 13.654/2018, ao elevar a causa de aumento do roubo com arma de fogo para 2/3 e eliminar a majorante do roubo com emprego de arma branca, fez surgir dissuasão marginal entre esses crimes, a qual não existia anteriormente porque, até então, a pena de ambos era igual. Como os dois crimes também funcionam como substitutos, o modelo indicaria que a dissuasão marginal³² estimularia alguns criminosos a trocar o roubo com arma de fogo (cujo V_e diminuiu em razão do aumento de S) pelo roubo com arma branca (cujo V_e cresceu devido à redução de S).

2.2 EXPERIMENTAÇÃO: PARALISAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO CEARÁ

Em fevereiro de 2020, policiais militares do estado do Ceará paralisaram suas atividades por 13 dias, entre 18 de fevereiro e 1º de março, em pressão pelo atendimento a reivindicações da categoria. Segundo dados divulgados na imprensa, o número de crimes violentos aumentou no período. Comparativamente a fevereiro de 2019, os homicídios subiram 178%. Houve 164 homicídios em fevereiro de 2019 contra 456 no mesmo mês de 2020. Destes 456 homicídios, 312 ocorreram durante a paralisação, média de 26 por dia, contra média de 8 por dia no período anterior à paralisação. Os registros de roubos também aumentaram no período de comparação: foram de 477, em fevereiro de 2019, a 1280 em fevereiro de 2020, um aumento de 168%³³.

Assim como a implementação da política dos *three strikes* na Califórnia foi considerada um experimento natural que propiciou estudo empírico considerado proveitoso em confirmar a teoria da dissuasão, demonstrando o efeito dissuasório de aumentos na severidade da sanção de modo independente dos efeitos da incapacitação, a paralisação dos policiais militares do Ceará aparentemente tem aptidão para ser um quase-experimento que permita avaliar, *ex post facto*, a proposição teórica de que a diminuição da probabilidade de punição impacta negativamente a dissuasão, o que contribuiria para a ampliação da literatura empírica já existente sobre o tema.

É suficientemente forte a hipótese de que haja, além de correlação entre as variáveis "redução de policiamento ostensivo" e "aumento de crimes violentos", relação de causalidade nos moldes propostos pela teoria econômica do crime, e o trabalho empírico poderia validar ou refutar a hipótese na situação em exame. O que se pretende enfatizar, contudo, não é tanto se a proposição é ou não verdadeira, mas que, devido ao caráter científico da teoria econômica do crime, a proposição, baseada na premissa do criminoso racional, pode ser submetida a teste empírico que a aceite ou a rejeite, o que não ocorre na dogmática tradicional³⁴.

32 Essa dissuasão marginal persiste, mas com menor intensidade, mesmo após a Lei 13.964/2019, que, como visto, restabeleceu a causa de aumento do roubo com emprego de arma branca no patamar original de 1/3 até metade.

33 Os dados foram extraídos da seguinte matéria: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/03/06/312-pessoas-foram-assassinadas-no-ceara-durante-motim-da-pm-diz-secretaria-da-seguranca.ghtml>>, acesso em 12.04.2020.

34 "Apesar de buscar a sistematização lógica do direito positivo por meio de textos doutrinários, a dogmática não propõe hipóteses nem tampouco é passível de teste empírico. Enquanto a linguagem da ciência é assertiva e bipolar (verdadeira/falsa), a linguagem da dogmática falha em obter essa função veritativa. Como comprovar ou refutar uma 'tese' da dogmática, se não há qualquer possibilidade de teste, mas tão somente de aceitação ou não de seus argumentos retóricos, seja pela própria doutrina que a segue, seja pelos tribunais? O critério passa a ser pragmático (no sentido filosófico do termo), ou seja, a

O aumento expressivo de crimes violentos no período da paralisação sugere que a célere resposta estatal no atendimento a tais ocorrências, geralmente feito pelo policiamento ostensivo das polícias militares, exerce papel relevante na elucidação da autoria dos crimes e, portanto, na dissuasão dos seus autores. Nessa área, estudos empíricos poderiam abranger, por exemplo, a avaliação de iniciativas de policiamento proativo direcionado a regiões específicas, o chamado "policiamento com foco", que abrange o *hot spots policing* (mais policiais em áreas com índices mais altos de criminalidade) e o *problem-oriented policing*, ou POP, estratégia na qual a polícia se aproxima da comunidade para prevenir o comportamento criminoso (ODON, 2018)³⁵.

2.3 PROPOSIÇÃO NORMATIVA: O PECULATO PRATICADO POR PREFEITOS

A causa de aumento do art. 327, §2º do Código Penal³⁶, incidente, entre outros, ao crime de peculato³⁷, foi introduzida pela Lei 6.799/1980. A justificativa do projeto de lei respectivo, no ponto, afirmava que "a conduta é mais censurável penalmente quanto mais poder esteja nas mãos do funcionário, porque maior dever de defendê-lo e de fidelidade possui"³⁸, o que exigiria aumento da pena quando o funcionário público praticante do delito ocupasse cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento.

Embora o juízo de "censurabilidade" expresse critério valorativo, insuscetível de ser confrontado empiricamente, parece haver uma explicação econômica para a sanção mais severa dos crimes funcionais praticados por ocupantes de cargo em comissão ou funções de direção e assessoramento. A explicação se apoiaria na premissa de que, sendo o custo esperado do delito equivalente à sanção cominada descontada pela probabilidade de punição ($Ce=pS$), qualquer redução em p deve se fazer acompanhada de aumento em S para que o custo esperado do delito se mantenha igual (SHAVELL, 2016). Aos cargos e funções especificados na causa de aumento são direcionadas parcelas de poder maiores do que as atribuídas aos cargos situados em níveis inferiores da hierarquia estatal. E, quanto mais poder detém o agente, menor a probabilidade de punição dos crimes funcionais que praticar, já que àquele poder em regra se associam condições mais propícias para o encobrimento da prática delitiva e para a imposição de dificuldades à sua integral elucidação. No extremo dos casos, o criminoso não apenas pode ser o responsável por nomear, demitir ou remover os servidores dos órgãos de controle interno como por controlar o orçamento destinado às atividades de prevenção e detecção de desvios que aquele órgão realiza. Para que, nessas situações, o custo esperado do delito não seja maior para o funcionário comum, a menor probabilidade de punição de crimes praticados pelos ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento é compensada pelo aumento da sanção a estes aplicável.

dogmática pode ser útil ou inútil para os fins persuasivos e de auxílio tecnológico, mas não alcança a verdade ou sequer a falsidade. *Pelo critério popperiano, portanto, a dogmática não é ciência*" (CARVALHO, 2014, p. 129-130).

35 Ainda segundo Odon (2018), um exemplo de programa baseado em POP é o Fica Vivo, implementado na região do Morro das Pedras, em Belo Horizonte/MG, que nos seis primeiros meses reduziu em 69% a taxa de homicídios.

36 Art. 327, § 2º do Código Penal: "A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público."

37 Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena: reclusão, de dois a doze anos, e multa.

38 Projeto de Lei 1.066/1975, da Câmara dos Deputados.

O fundamento econômico apresentado justifica a causa de aumento para ocupantes da chefia do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos)³⁹. Centra-se a análise, então, no crime de peculato praticado pelos prefeitos. Esse delito, ao contrário do que ocorre quanto a outros chefes do Poder Executivo, não é previsto no art. 312 do Código Penal, mas em diploma especial, o Decreto-Lei 201/1967, que no art. 1º, I, tipifica a conduta do prefeito de “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”. A sanção privativa de liberdade é a mesma do art. 312 do Código Penal (reclusão de dois a doze anos), o que torna a pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao peculato de prefeitos inferior àquela aplicável aos crimes de peculato praticados por governadores e presidente, pois a estes incide a causa de aumento do art. 327, § 2º do Código Penal. Pelo mesmo motivo, a sanção dos prefeitos é, em abstrato, menor do que aquela aplicável aos seus subordinados em cargos comissionados ou funções de direção e assessoramento. Tais constatações, alcançáveis pela simples leitura dos dispositivos legais em análise, poderiam justificar, com base em critérios normativos atinentes à “maior censurabilidade” dos peculatos praticados por prefeitos, a correção do que parece ter sido um equívoco legislativo, o qual mais se evidencia porque a causa de aumento do art. 327, § 2º do Código Penal se aplica aos prefeitos quando estes são autores de crimes que se sujeitam àquela majorante, a exemplo do delito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal).

Mas a análise econômica do crime de peculato de prefeito fornece argumento que talvez não fosse facilmente perceptível. Ela indica que o crime previsto no art. 1º, I do DL 201/1967 tem custo esperado inferior não apenas ao peculato de outros chefes do Poder Executivo ou dos demais funcionários ocupantes de cargo em comissão ou função de direção e assessoramento, mas ao peculato do mais simples funcionário público, pois a redução de p na fórmula do custo esperado do peculato do prefeito, inerente aos meios que o cargo confere para dificultar a descoberta e elucidação do delito, não é acompanhada de elevação de S . E, como a condição de prefeito é elementar ao peculato do art. 1º, I do DL 201/1967, ela se comunica aos coautores do delito, por força do art. 30 do Código Penal, ainda que individualmente eles respondessem pelo peculato do art. 312 do Código Penal e eventualmente se sujeitassem à majorante do art. 327, § 2º do Código Penal. É dizer: o peculato dos funcionários públicos municipais ocupantes de cargos em comissão ou função de direção e assessoramento (como os secretários municipais), quando cometidos em concurso com o prefeito, também passa a ter custo esperado menor do que o peculato do mais simples funcionário público.

Esse cenário sugere que o menor custo esperado do peculato do art. 1º, I do Decreto-Lei 201/1967 é capaz de aumentar a demanda por esse crime, tanto pelos prefeitos quanto por quem ocupa cargo comissionado e função de direção e assessoramento no Poder Executivo municipal (nesse caso, em concurso com o prefeito). Logo, uma dissuasão mais eficiente desse delito, cuja censurabilidade (critério valorativo) foi previamente reconhecida pelo direito ao prevê-lo como crime, reclama uma reforma legislativa que equipare a pena privativa de liberdade cominada ao crime do art. 1º, I do DL 201/1967 àquela do art. 312 do

39 O Supremo Tribunal Federal reconhece que exercentes de mandato eletivo podem ser abrangidos pela elementar “função de direção”, pois interpretação outra levaria ao absurdo de se punir mais gravemente o auxiliar ocupante de cargo comissionado e função de direção/assessoramento do que o responsável geral pela Administração Pública (INQ 1769/PA e INQ 2606/MT). É interessante notar que esse entendimento evidencia uma preocupação com as consequências das interpretações possíveis. A diferença é que a hermenêutica tradicional avalia as consequências recorrendo à intuição e ao bom senso, e não a uma teoria científica que possibilite a formulação de hipóteses sobre o comportamento humano que, em princípio, sejam empiricamente falsificáveis.

Código Penal acrescida pela causa de aumento do art. 327, § 2º daquele código. E isso poderia ser proposto com base nas conclusões obtidas a partir da aplicação da teoria econômica do crime.

3. CONCLUSÕES

Este artigo aplica a teoria econômica do crime à política criminal, visando a demonstrar sua utilidade enquanto fundamento científico para a definição daquela política.

Após revisão das proposições centrais da teoria econômica do crime, foram analisadas três situações inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro com a finalidade de exemplificar de que maneira aquela teoria pode ser usada para subsidiar as decisões políticas que estruturam as estratégias estatais de combate ao crime.

Conclui-se que a teoria econômica do crime e o método científico a ela inerente geram conhecimento que possibilita estimar os impactos de distintas conformações de política criminal, favorecendo a tomada de decisões estatais mais bem informadas. Isso se faz possível porque a premissa do criminoso racional autoriza que sejam feitas previsões do comportamento criminoso que em princípio podem ser submetidas a teste empírico de validação ou refutação, desse modo produzindo conclusões que, a depender da meta social a ser alcançada, conduzem a proposições normativas sobre a medida de política criminal que deve ser adotada na situação analisada.

As conclusões reveladas pela teoria econômica do crime qualificam as escolhas estatais que definem como e em que montante serão realizadas as despesas em prevenção, investigação e julgamento de crimes, que indicarão a probabilidade de punição dos criminosos, e como serão escalonadas as penas de cada espécie delitiva, o que dimensionará a despesa com a execução e fiscalização das sanções. A consequência tende a ser a adoção de estratégias mais eficientes de enfrentamento ao crime, que obtenham melhores resultados e otimizem os recursos públicos.

A teoria econômica do crime apresenta limitações, as quais evidenciam não ser ela a solução definitiva para todos os problemas da política criminal. Mas teoria criminológica alguma o é, e o reconhecimento de limitações não equivale a dizer que a teoria não seja útil. A utilidade da teoria econômica do crime para orientar a construção da política criminal parece ser inegável, como indica a vasta literatura empírica a corroborar a premissa do criminoso racional. No Brasil, há um amplo campo para a realização de pesquisas que busquem, a partir da aplicação da teoria, melhor compreender o fenômeno da criminalidade e auxiliar o nosso sistema jurídico-penal em seu enfrentamento mais eficiente.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, J. C. D. *Teoria analítico-comportamental do direito: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.
- ALFARO, C. P. R.; URRUTI, L. A. Análisis económico del derecho penal. In: ACCIARRI, H. A. *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. [S.l.]: Ediciones SAIJ, 2019. p. 147-176. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>. Acesso em: 16 dezembro 2019.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar-apr 1968. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/f252/e0a5a33891158be5ee683493ae-13280c82ff.pdf>. Acesso em: 6 janeiro 2020.
- BOSON, D. S. Three strikes and you're out: uma análise econômica das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23 n. 116, p. 17-37, set-out 2015.
- CARVALHO, C. É possível uma "ciência" do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, A. M.; SAMPAIO, P. *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. Cap. 4, p. 121-143.
- COOTER, R. Price and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, 1984. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1613/>. Acesso em: 04 jan 2020.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- EHRlich, I. Crime, punishment, and the market for offenses. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10 n. 1, p. 43-67, 1996. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppge/giacomo/wp-content/uploads/2019/03/Crime-Punishment-and-the-Market-for-Offenses.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- EIDE, E. Economics of criminal behavior. In: BOUCKAERT, B.; GEEST, G. D. *The Economics of Crime and Litigation (Encyclopedia of Law and Economics)*. Cheltenham: Edward Elgar, v. 5, 2000. p. 345-389.
- FRIEDMAN, D. D. *Law's Order: What Economics has to do with Law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- KESSLER, D.; LEVITT, S. D. Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation. *Journal of Law and Economics*, v. XLII, p. 343-363, abril 1999. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- LEVITT, S. D. Incentive Compatibility Constraints as an Explanation for the Use of Prison Sentences Instead of Fines. *International Review of Law and Economics*, New York, v. 17, p. 179-192, 1997. Disponível em: <https://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/LevittIncentiveCompatibilityConstraints1997.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- LEVITT, S. D. Why do increased arrest rates appear to reduce crime: deterrence, incapacitation, or measurement error. *Economic Inquiry*, v. 36 n. 3, p. 353-372, jul 1998. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/LevittWhyDoIncreasedArrest1998.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- LEVITT, S. D. Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not. *Journal of economic perspectives*, v. 18 n. 1, p. 163-190, 2004.
- MARTINEZ, A. P. Evidências do efeito dissuasório da pena no caso de crimes econômicos. *www.jota.info*, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/evidencias-efeito-dissuasorio-da-pena-no-caso-de-crimes-economicos-22092016>. Acesso em: 16 janeiro 2020.
- MENDES, S. M.; MCDONALD, M. D. Putting severity of punishment back in the deterrence package. *Policy Studies Journal*, v. 29 n.4, p. 588-610, november 2001. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/2929/1/GlasgowPSJ.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- MICELI, T. J. The use of economics for understanding law: An economist's view of the cathedral. In: ULEN, T. *The Methodology of Law and Economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2017. Cap. 2, p. 18-43.
- MICELI, T. J. *The paradox of punishment: reflections on the economics of criminal justice*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

MURAMATSU, R.; FONSECA, P. Economia e psicologia na explicação da escolha intertemporal. *Revista de Economia Mackenzie*, v. 6 n. 6, p. 87-112, 2008. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/810>. Acesso em: 08 abr. 2020.

ODON, T. I. Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55 n. 218, p. 33-61, abr-jun 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p33. Acesso em: 13 ago 2020.

OLSSON, G. A.; TIMM, L. B. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, T.; MALAN, D. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 111-131.

PATRÍCIO, M. A Análise Económica do Crime: Uma Breve Introdução. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 1, p. 157-175, 2015.

POLINSKY, A. M.; RISKIND, P. N. Deterrence and the optimal use of prison, parole and probation. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper n° 507*, may 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2968614. Acesso em: 24 jul 2020.

POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, v. 24, p. 89-99, 1984.

POSNER, R. A. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 1193-1231, october 1985. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6448/ae7b1aaa0785667ee8f0ba4fb7e9fe0a3c0.pdf>. Acesso em: 5 janeiro 2020.

POSNER, R. A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker*, v. 44, p. 37-54, 2002. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10057>. Acesso em: 16 dezembro 2019.

POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2a. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2007.

ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Tradução de Yanna G. Franco. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

SHIKIDA, P. F. A. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1 n. 2, p. 318-336, jul-dez 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286060021_Consideracoes_sobre_a_Economia_do_Crime_no_Brasil_Um_Sumario_de_10_Anos_de_Pesquisa. Acesso em: 8 ago 2020.

SHIKIDA, P. F. A.; AMARAL, T. B. D. Análise econômica do crime. In: TIMM, L. B. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3ª. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. Cap. 13, p. 311-334.

Recebido/Received: 31.08.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.