

# A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

## THE ECONOMIC ANALYSIS OF ECONOMIC CRIMINAL LAW

Henrique Ribeiro Cardoso<sup>1</sup>

Antonio Evangelista de Souza Netto<sup>2</sup>

João Paulo do Carmo Barbosa Lima<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo almeja debater a Análise Econômica do Direito Penal Econômico, trazendo conceitos clássicos e analisando se os fatores econômicos têm alguma influência na criminalidade especializada.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito, Direito Penal Econômico, Eficiência, crime econômico.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça em Sergipe desde agosto de 1997, titular da Primeira Curadoria da Fazenda Pública de Aracaju desde 2002. Também foi Advogado e Defensor Público na Bahia, tendo sido ainda nomeado, mediante aprovação em concurso público, para o cargo de Procurador da Fazenda do Estado da Bahia. No campo acadêmico, é Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/Bahia); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Professor de Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (Mestrado/PPGD/UNIT); Professor da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe (ESMP/SE).

<sup>2</sup> Juiz de Direito de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutorando em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008). Vice-Presidente da Comissão de Empresas Familiares e Holding do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM Coordenador do Núcleo de EAD da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - EMAP. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Professor da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo - EMES. Professor da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - EMAP. Professor em cursos de pós-graduação. Parecerista da revista do curso de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP. Diretor Científico da Coleção Processo e Constituição da Editora Prismas. Participates in Judicial Exchange at Harvard University - Law School. Membro do Fonajuc - Fórum Nacional de Juízes Criminais. Membro da Academia de Cultura de Curitiba/PR. Membro da Soberana Ordem do Mérito de Saint Yves de Tréguier - França. Comendador da Ordem do Mérito Cívico e Cultural - SBHM.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Civil, Tributário e Processo Tributário pela PUC/PR. Advogado. [jpbarbosalima@hotmail.com](mailto:jpbarbosalima@hotmail.com)

## ABSTRACT

This article aims to discuss the Economic Analysis of Economic Criminal Law, bringing classic concepts and analyzing whether economic factors have any influence on specialized crime.

**Key-words:** Economic Analysis of Law, Economic Criminal Law, Efficiency, Economic Crime.

## 1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é debater a crescente proximidade interdisciplinar entre o Direito e a Economia através da Análise Econômica do Direito (AED), analisando o Direito Penal Econômico a partir do movimento da *Law and Economics*.

O referencial teórico, em grande medida, é o economista Gary Becker, ex-professor da Universidade de Chicago (Estados Unidos da América), que em 1974 publicou um artigo científico em que criou um modelo econômico com o fim de analisar a razão pela qual os criminosos cometem crimes, denominado “Crime e Punição: uma abordagem econômica”<sup>4</sup>, em tradução livre.

Com base no entendimento do trabalho desenvolvido pelo economista norte-americano, os indivíduos tanto replicam de forma prudente e sólida incentivos para o cometimento do ato delituoso, levando em consideração os prováveis benefícios do crime, como sendo o ganho financeiro, quanto os ônus decorrentes de eventual insucesso da atividade, consubstanciados nas chances de serem descobertos e presos pelas autoridades, pela indisponibilidade dos frutos do crime e as demais consequências decorrentes da ilicitude de sua ação.

Trata-se de um ramo significativamente recente de estudos, mas em ascensão com os juristas que possuem interesse em compreender a influência da ciência econômica no campo do Direito Penal, almejando dirimir alguma insatisfação com tudo que tradicionalmente se assentou enquanto justificativa da participação dos indivíduos em atividades ilícitas (SHIKINDA; AMARAL, 2019, p. 318).

Entretanto, o novo ramo de estudos recebe críticas daqueles que veem o Direito em sentido objetivo, como busca da efetivação da justiça através de regras de condutas impostas, enquanto a Economia prioriza dados essencialmente empíricos e a matemática, questões bastante exatas e que não se amoldariam aos postulados clássicos.

---

<sup>4</sup> *Crime and Punishment: An Economic Approach*.

Não há controvérsia, contudo, que tanto para o direito, quanto para a economia, o comportamento do cidadão é o centro do estudo, pois essencial para antecipar uma conduta, mensurar seus efeitos, criar elementos ou circunstâncias que sejam valoradas por ocasião da tomada da decisão, ou ainda, buscar desencorajar condutas potencialmente prejudiciais à sociedade. Assim, ao promover uma análise econômica do Direito, se busca verificar quão eficiente uma norma pode ser quanto ao objetivo de sua proposta.

De acordo com Luiz Carlos Barnabé de Almeida (ALMEIDA, 2012, p. 119), as duas ciências sociais (economia e direito) “estão voltadas para o bem-estar da população, por meio da diminuição da escassez e do conflito, utilizando o agente econômico Estado.”

Não é novidade que os índices de criminalidade podem ser um fator econômico importante no desenvolvimento de determinadas regiões, já que locais com altos índices de violência tendem a ter pouca atividade econômica e baixa procura por novos investimentos, desencadeando preços de produtos e serviços mais altos, baixa demanda e subdesenvolvimento social, já que a circulação de riquezas é deficitária.

De acordo com os dados constantes no relatório de conjuntura nº. 04, de junho de 2018, denominado Custos Econômicos da Criminalidade no Brasil, da Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, os custos econômicos das atividades criminosas são de aproximadamente 04% do PIB brasileiro (Brasil, 2018, p. 12), ou seja, mais de R\$ 270 bilhões.

Segundo o estudo em comento, “para cada homicídio de jovens de 13 a 25 anos, o valor presente da perda da capacidade produtiva é de cerca de 550 mil reais. A perda cumulativa de capacidade produtiva decorrente de homicídios, entre 1996 e 2015, superou os 450 bilhões de reais” (BRASIL, 2018, p. 9), o que revela o tamanho do impacto econômico da criminalidade no desenvolvimento do Brasil e a importância de se enfrentar a questão sob todas as vertentes, inclusive aquelas ligadas à ciência econômica.

A interpretação econômica do crime se pauta na premissa de que os criminosos, as vítimas e os responsáveis pela lei são racionais e tomam decisões racionais. A escolha de praticar um delito é vista da mesma maneira de escolher um emprego lícito: o indivíduo que escolhe participar de atividades ilícitas, o faz por oferecer benefícios que o uso lícito não oferece. De acordo com Shikida e Amaral (2019, P. 319), “a hipótese de que os criminosos econômicos são, per se, doentes mentais, coitados excluídos pela família e/ou sociedade, sem condições de competir pelas alternativas legais do mercado de trabalho, não encontram sustentação na teoria econômica do crime.”

Daí a importância do estudo do Direito Penal via AED, já que esta busca interpretar as normas jurídicas partindo da utilização da economia e suas próprias benesses, almejando compreender os efeitos econômicos das escolhas racionalmente realizadas no âmbito jurídico, de modo a romper a visão anticientífica na investigação das questões humanas envolvidas na criação e aplicação dos preceitos normativos (FUX; BODART, 2019, p. 4).

Nos parágrafos a seguir buscar-se-á desvendar os fatores que favorecem a Análise Econômica do Direito Penal Econômico, a partir de um estudo bibliográfico realizado pelo método dedutivo-analítico, almejando responder como aplicar a AED ao Direito Penal Econômico.

## **2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO**

O Direito Penal é um dos alicerces do estudo jurídico, ao lado do direito das obrigações, sendo peça fundamental da evolução da sociedade de pessoas civilizadas, tendo tutelado os desvios dos seres humanos, almejando a pacificação das relações em prol do bem comum.

O Direito Penal é o meio pelo qual o Estado exerce o controle social, aplicando-se seletivamente, àqueles que o contrariam (BUSATO, 2018, p. 3). Já o Direito Penal Econômico, objeto deste estudo, é uma vertente daquele, destinada à proteção das atividades inerentes à economia de livre mercado, diferenciando-se apenas de maneira metodológica, em virtude da natureza peculiar da intervenção estatal, tal como da especificidade do objeto tutelado.

A primeira questão acerca da definição por conceitos voltados ao Direito Penal Econômico tem como premissa a análise dos aspectos fundamentais que o diferenciem do direito penal clássico, já que os crimes praticados fazem parte de uma nova modalidade criminosa.

Estrutura-se o conceito de Direito Penal Econômico a partir de quem os pratica: indivíduos de alto nível socioeconômico no exercício de sua atividade profissional. Quase em sua totalidade são profissionais liberais, empresários, executivos, banqueiros, ocupantes de cargos políticos e altos funcionários públicos, já que seriam fatores determinantes a motivação e a oportunidade, sendo a primeira relacionada à personalidade do indivíduo, e segunda à posição social ocupada, de acordo com a lição de Shikida e Amaral:

Especificamente nos crimes econômicos, Coleman relata que as principais causas são a motivação e a oportunidade. (...) A motivação para o crime é a crença de que,

violando a lei, o indivíduo terá mais prazer e menos dificuldade do que se utilizasse os meios lícitos existentes para ficar rico.

Por sua vez, a segunda causa é a oportunidade, entendida como um sopesamento entre quão grande poderá ser o lucro e quão ruim poderá ser a punição. (2019, p. 319)

Evidente, contudo, que a definição do crime econômico não ocorre a partir da qualificação de quem o pratica, pois tal se configuraria em uma análise sociológica e não jurídica. Mas é inegável que o principal objetivo do criminoso deste tipo penal é a obtenção de lucro econômico, vantagem comercial ou ainda, a soberania de um tipo de mercado, interesses estes muito específicos e normalmente relacionados exclusivamente às pessoas identificadas no parágrafo anterior.

Conforme artigo de Fernando Martins Maria Sobrinho e Fabio André Guaragni (2016, p. 52), tratando sobre a teoria de Edwin Sutherland acerca da caracterização estigmatizada do criminoso econômico:

o sujeito ativo equivale àquele de classe social alta, que goza de boa reputação e que pratica o delito no bojo de sua profissão, com habitualidade. Ainda que esta figura de "sujeito ativo" desenhada por Edwin Sutherland seja recorrente em se tratando de delitos econômicos, não há nenhuma regra no Direito Penal Econômico que exija um perfil de sujeito ativo com essas características. Podemos encontrar crimes atentatórios à ordem econômica sem que seu autor seja pessoa abastada.

Os criminosos econômicos são fruto de três elementos: estímulo, possibilidade e ciência da mínima probabilidade de serem punidos. Se estes estiverem presentes, o criminoso agirá, ou seja, quando existirem valores atrativos propícios ao cometimento do ilícito, o indivíduo violará a lei almejando as situações economicamente favoráveis.

Quanto ao ato em si, conforme mencionado acima, o ponto de partida para se enquadrar um ilícito como econômico é o bem jurídico tutelado, as condutas praticadas e suas finalidades. Assim é que se mostra adequado entender o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança.

O delito econômico produz um rompimento no equilíbrio necessário para o desenvolvimento normal das etapas do fenômeno econômico, revelando-se uma conduta punível, já que o comportamento delitivo atenta contra a integridade das relações econômicas

públicas, privadas ou mistas, ocasionando, assim, dano ou ameaça à ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal do Brasil<sup>5</sup>.

Uma peculiaridade do Direito Penal Econômico é a criminalização de atos que não ofendem diretamente um bem individual determinado, como a vida, o patrimônio ou a honra, mas noções indefinidas e caracterizadas como bens jurídicos supra individuais, necessários para regular o funcionamento do sistema econômico nos moldes das teorias penais contemporâneas, ainda que não tutele unicamente a execução da operação econômica em si, mas a integridade da ordem e, portanto, quaisquer condutas realizadas que resultem no seu rompimento, deverá ter como consequência uma sanção.

O Direito Penal Econômico poderia ser definido em sentido estrito e sentido amplo. O primeiro, “seriam aqueles injustos penais que lesionam, mediante dano ou perigo de dano, a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia” (SOBRINHO; GUARAGNI, 2016, p. 56). Ou seja, as ações ou omissões que ferem as atividades do Estado na regulação da economia.

Em acepção ampla, a definição abrange “todas aquelas figuras típicas que violam bens coletivos supraindividuais econômicos relacionados com a regulamentação jurídica da produção, distribuição e também consumo de bens e serviços” (SOBRINHO; GUARAGNI, 2016, p. 57).

A atividade contrária à legislação de regência que implique em prejuízos à regulação do mercado, prejudicando a função social da propriedade, a livre concorrência, os direitos do consumidor, o meio ambiente, a busca pelo pleno emprego, a redução das desigualdades sociais etc., caracteriza crime econômico.

Assim, um ponto em comum dentre os crimes econômicos, é o caráter supra individual do bem tutelado, ou seja, quando se fala de crimes contra a ordem econômica, a tutela jurídica

---

<sup>5</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

está inclinada ao andamento do agrupamento de regras que direcionam a atividade econômica, tanto do Estado, quanto do indivíduo privado.

Para Fernando Martins Maria Sobrinho e Fabio André Guaragni (2016, p. 57)

Num enfoque economicista, os delitos econômicos seriam uma infração que lesiona ou coloca em perigo uma atividade diretora, reguladora ou interventora do Estado na economia. Ou seja, seriam comportamentos descritos em lei que lesionam a confiança na ordem econômica vigente, ou que afetam a confiança em alguma instituição em particular.

Dentre os delitos que se enquadram no Direito Penal Econômico, para fins meramente elucidativos, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, citam-se os crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº. 9.613/98), os falimentares (Lei nº. 11.101/05), os de sonegação fiscal (Lei nº. 4.729/65), os ambientais (Lei nº. 9.605/98) e tantos outros.

Pode-se concluir, então, que o Direito Penal Econômico é uma junção de preceitos que tenham como finalidade aplicar sanções, com penas que lhe são inerentes, aos atos que, no plano envolvendo vínculo econômico, afrontem ou coloquem em perigo bens ou interesses coletivos resguardados pelo Estado enquanto guardião da ordem econômica.

A compreensão quanto à definição dos crimes econômicos é essencial para o desenvolvimento do presente trabalho, na medida em que se busca analisá-los sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, onde se observará, da argumentação a seguir, como se pode considerar eficiente uma norma neste campo.

### **3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

#### **3.1 CONCEITO**

Os modernos estudos das ciências jurídicas têm cada vez mais difundido a necessidade de se realizarem releituras dos seus postulados à luz de outras ciências, que lhe auxiliarão na compreensão mais ampla da questão, obtendo inúmeras possibilidades de soluções que não seriam possíveis pelo método tradicional.

Apesar da reserva de parte da doutrina, a incidência de postulados econômicos na interpretação de normas e fatos jurídicos tem ganhado inúmeros adeptos a partir da academia e já vem demonstrando sua importância para a boa interpretação do direito no Brasil.

A Análise Econômica do Direito é oriunda do direito estadunidense de meados de 1960, onde é denominada *Law and Economics*. No Brasil, entretanto, ainda é visto como um ramo bastante recente de estudos.

O movimento direito e economia, mais conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) teve muitos defensores renomados, como Gary Becker, Ronald Coase e Guido Calabresi. Contudo, é inegável que o movimento se tornou popular após a obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner (1973).

O estudo do direito a partir da aplicação de postulados econômicos não surgiu como um movimento interno da ciência jurídica, mas de um trabalho científico da lavra do premiado economista britânico Ronald H. Coase, considerado o precursor da AED, denominado “The Problem of Social Cost”, que segundo ele não tinha o intento de contribuir com a academia jurídica, mas fomentar o debate econômico (FUX; BODART, 2019, p. 23).

Foi neste trabalho que Ronald H. Coase trouxe as primeiras ideias sobre aquele que viria a ser seu mais conhecido postulado para a Economia e para o Direito, o teorema de Coase, que acabou por levar o artigo supra citado a ser o documento científico de economia mais citado entre 1981 e 1996, por destacar os mistérios da alocação eficiente de recursos, conforme Erik Navarro Wolkart (2019, p. 102):

Eis o insight fundamental do teorema de Coase: a alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado. Se essas transações não tiverem custo, essa realocação será sempre a mais eficiente possível, ou seja, será aquela capaz de conferir o maior valor possível a esses direitos e recursos. Se as transações de mercado vão sempre acontecer de modo a alocar os recursos de forma mais eficiente, então pouco importa a sua alocação inicial (desde que não haja custos de transação para essas negociações).

Daí surgiria a importância de Coase para o desenvolvimento da AED, pois lança o olhar da eficiência econômica sobre as decisões judiciais, de modo a esclarecer se o caminho perseguido e aquele encontrado podem ser considerados os de menor custo para as partes e demais pessoas atingidas por seus efeitos.

Por intermédio da Análise Econômica do Direito, se busca interpretar as normas jurídicas a partir do uso de ferramentas próprias da economia, almejando compreender os efeitos econômicos das escolhas racionalmente realizadas no âmbito jurídico, de modo a romper a visão anticientífica na investigação das questões humanas envolvidas na criação e aplicação dos preceitos normativos. (FUX; BODART, 2019, p. 4).

O direito, em sentido objetivo, determina as regras de condutas dos cidadãos, influenciando a forma como deverão se comportar na busca dos seus interesses pois, segundo

De Plácido e Silva (1973, p. 529), é o “meio de que se utiliza a própria sociedade para fazer respeitar os deveres jurídicos que ela mesma instituiu a fim de manter a harmonia dos interesses sociais e implantar a ordem jurídica”. Já a Economia, segundo V. Gary S. Becker, “é o estudo da alocação de recursos escassos em seu uso mais eficiente, considerando o comportamento de diferentes agentes na busca pela maximização de atendimento de suas preferências pessoais.” (FUX; BODART, 2019, p. 1)

Ou seja, tanto para o direito, quanto para a economia, o comportamento do cidadão é o centro do estudo, pois essencial para antecipar uma conduta, mensurar seus efeitos, criar elementos ou circunstâncias que sejam valoradas por ocasião da tomada da decisão, ou ainda, buscar desencorajar condutas potencialmente prejudiciais à sociedade. Assim, ao promover uma análise econômica do Direito, se busca verificar quão eficiente uma norma pode ser quanto ao objetivo de sua proposta.

A AED, assim, proporciona um outro panorama a respeito do confronto de questões sociais por intermédio da Economia, na atual potencial união com o ponto de vista jurídico. Dessa maneira, a Análise Econômica do Direito Penal revelou novas compreensões de fatos sociais tendo como premissa fundamentos da Economia, que é assim conceituada por Adam Smith:

A economia abrange a análise de todas as questões conexas ao problema da alocação eficiente de recursos limitados para a melhor satisfação dos interesses dos integrantes do grupo analisado, dentre elas o modo como agentes tomam decisões e a forma como interagem entre si. (FUX; BODART, 2019, p. 1)

Uma das principais características da AED é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências. Leis e decisões são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir – ou que atingem não intencionalmente. Sob a análise econômica, o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica são utilizados para torná-la mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade (FUX; BODART, 2019, p. 2).

David Hume, citado por Erik Navarro Wolkart (2019, p. 96), destaca que “os incentivos ao comportamento humano, em um mundo onde os recursos são escassos, são a fonte de onde a justiça deriva a sua origem.” Segundo Wolkart, para Hume todos os métodos de AED estão baseados na ideia de incentivos providos para inibir ou estimular o comportamento das pessoas.

E quando se fala do estudo de eficiência da norma jurídica, seja para inibir ou estimular uma atitude, é inevitável não se pensar na teoria de Gary Stanley Becker, na qual os

delinquentes são racionais e decidem cometer os ilícitos a partir de análises sobre os benefícios advindos de sua ação (ou omissão), frente aos custos que suportarão (SHIKIDA; AMARAL, 2019, p. 318). Ou seja, o criminoso tende a se questionar: Vale a pena?

Se os encargos decorrentes do insucesso da atividade ilícita (a pena a ser cumprida) forem superiores ao lucro presumido em razão do ilícito, a chance de não ocorrência da atividade criminosa são maiores do que nos casos em que a análise realizada revele que os custos tendem a ser inferiores aos ganhos.

Esta é, de modo sintético, a conceituação a aplicar-se à Análise Econômica do Direito, que tende a auxiliar na compreensão da AED aplicada ao Direito Penal Econômico, conforme debate do tópico seguinte.

### **3.2 A ANÁLISE ECONÔMICA APLICADA AO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e Das Penas*, lá no longínquo ano de 1764, teria sido o primeiro autor a alertar acerca da necessidade da relação entre o custo da pena e o benefício do crime como crucial para buscar a prevenção do comportamento criminoso, no sentido de que o mal da pena deva exceder o benefício do crime. Surge, aí, a análise de custo-benefício, essencial à AED, tanto no ponto de vista normativo, quanto descritivo. (WOLKART, 2019, p. 96)

Muito tempo depois, Gary S. Becker aproximou a teoria econômica do crime, afirmando que os indivíduos decidem ou não cometer crimes, não porque eles são excluídos socialmente, mas porque são racionais e calculam os custos e benefícios de da conduta criminosa, conforme exposto acima.

Isto é, refere-se ao emprego do critério econômico às normas e institutos criminais pois, conforme anotado anteriormente, comparam os custos possíveis da atividade criminal com seus benefícios esperados e se envolvem na atividade criminosa quando este supera aquele. (FISCHER, 2014, p. 39)

A análise econômica do direito acerca do crime está, em grande parte, baseada no nexo entre o delito e a punição como decisivo da taxa criminal, tendo em vista a (in)eficácia das autoridades policiais e judiciais frente à possibilidade de êxito no cometimento da atividade criminosa, se os custos compensarem os riscos.

Jeremy Bentham, uma das principais inspirações de Richard Posner, que o denominava como o lançador das bases da moderna análise econômica dos crimes e das penas, criou a

chamada teoria do utilitarismo, que deixa explícito o que Beccaria estava sugerindo, ou seja, que a pena é uma forma de impor custos à atividade criminal, alterando os incentivos com o objetivo de evitar a prática de certas condutas.

Consoante exposto, o Direito Penal se conceitua como um conjunto de normas que de alguma maneira intimidem, seja com sanções, penas ou medidas de segurança, os comportamentos tidos como graves ou inaceitáveis socialmente.

Além das penas privativas de liberdade, os custos do ato criminal consideram todas as despesas, desde a necessária para o cometimento do crime, ou para realizar uma fuga, até aquelas inerentes à defesa do criminoso em razão do processo criminal. A explicação econômica para a conduta do criminoso parte do estudo de sua racionalidade ao decalcar os incentivos de sua postura criminosa do cálculo de custo-benefício entre a pena e o produto da ação delituosa. Essa ideia está ligada à teoria do comportamento criminal proposta por Beccaria e Bentham, de que o criminoso sempre age de maneira racional.

Além destes custos, segundo estudo de Pery Francisco Assis Shikida e Thiago Bottino do Amaral, o criminoso leva em consideração a oportunidade para o momento ideal do cometimento do crime econômico, sendo esta:

[...] entendida como um sopesamento entre quão grande poderá ser o lucro e quão ruim poderá ser a punição. Nesse ponto, são fatores importantes a regulação de determinado setor de indústria ou comércio (quando não há normas de fiscalização e transparência, aumentam as oportunidades de crimes econômicos), as práticas de concorrência predatória de determinado segmento econômico (setores com margem de lucro pequena veem na sonegação um diferencial competitivo) e a função que o criminoso ocupa na empresa (contadores, diretores e administradores têm mais e melhores oportunidades de praticarem os crimes econômicos).

(SHIKIDA; AMARAL, 2019, p. 319)

Cristiano Oliveira (2019) defende que “quando se pergunta se o crime vale a pena, a própria pergunta já pressupõe que há uma análise de custo/benefício. Nesse sentido, acredito que sim, [o crime] vale a pena porque os benefícios são altos e/ou os custos são baixos. Ou seja, os benefícios são maiores do que os custos”.

Cumprir citar a Análise Econômica do Direito realizada frente aos institutos da colaboração ou delação premiada e dos acordos de leniência em enfoque com a persecução da Operação Lava-Jato<sup>6</sup>, de que seria mais interessante ao Estado, na figura de acusador, beneficiar

---

<sup>6</sup> A maior investigação brasileira acerca de corrupção e lavagem de dinheiro, tendo sido iniciada em março de 2014.

o delator com penas mais brandas que a de sua possível condenação para que revele todo o esquema criminoso? Afinal, ao beneficiar um dos partícipes do delito, o Estado está obtendo elementos de provas amplos a um custo baixíssimo, muitas [as provas] das quais que jamais teria acesso sem a colaboração de um dos agentes, que conhece a questão internamente.

Em paralelo, existe uma expectativa que a publicidade do instituto da delação premiada crie um receio nos pretensos delinquentes quanto à possibilidade de suas ilicitudes serem denunciadas por seus parceiros de atividade criminosa, o que tenderia a desencorajar a formação de quadrilhas e, assim, elevar o custo da atividade criminosa.

É inegável que o temor do criminoso econômico ser pego, notadamente quando possui certo prestígio social, é um fator importante na diminuição deste tipo de ilícito, cujos efeitos são decisivos ao desenvolvimento do país, pois demonstram o interesse da sociedade em estancar as práticas maliciosas realizadas no centro do Poder, atraindo os saudáveis interesses, consoante destacado por Luciano Benetti Timm (2016, p. 2) em artigo jornalístico sobre a importância da operação Lava Jato para o futuro do Brasil:

Nesse sentido, o desenvolvimento econômico não pode ser mensurado apenas pelo produto interno bruto (PIB) do corrente ano. Fundamental para a consolidação do desenvolvimento são as instituições, ou seja, as regras formais e informais do jogo de funcionamento da sociedade (e do mercado, por consequência), para usar a expressão de North, outro Nobel de Economia. Economistas e juristas vêm tratando das instituições para demonstrar como a evolução das regras predeterminam e condicionam o desenvolvimento econômico de uma sociedade. Também já há dados correlacionando desenvolvimento e independência do Judiciário.

De outra banda, há quem sustente que os institutos da colaboração ou delação premiada possam, em alguma medida, impulsionar a ocorrência de delitos de ordem econômica, uma vez que o delinquentes vê a chance de reduzir seu custo (pena) caso venha a ser descoberto, e tal situação estaria divorciada do que a chamada sociedade não criminosa espera, que é a maximização dos custos e/ou minimização dos lucros do infrator, impondo a ideia de que o crime não compensa (SHIKIDA; AMARAL, 2019, p. 320).

Deve-se ter bastante cuidado, no entanto, para que a ânsia social em aumentar os custos do crime sem privilegiar o devido processo legal, ou sacrificando o direito de defesa do acusado, apenas e tão somente sob o entendimento de que os crimes econômicos exigem punição a qualquer custo, não traga prejuízos ao país e ao sistema legal.

É justamente neste aspecto que a Análise Econômica do Direito tende a auxiliar de forma decisiva o legislador e o julgador. Aquele, para definir penas adequadas à mitigação da atividade criminosa; este, para aplicar a norma penal de forma dura, mas em estrita consonância

com pressupostos do contraditório e da ampla defesa, visando os reflexos que as penalidades surtirão perante a sociedade prejudicada pelo ato delituoso.

Exemplo cotidiano de legislação ineficiente sob o aspecto econômico, refere-se à esfera ambiental, cujos instrumentos legais impõem grandes desafios aos magistrados e aos gestores públicos responsáveis pela preservação do meio ambiente para a presente e para as futuras gerações.

Ao se analisar as penas aplicáveis aos crimes ambientais – nos termos do artigo 54 da Lei 9.605/98<sup>7</sup>, que prevê as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente –, se observa que a prática de infrações pode “valer a pena”, sob o aspecto financeiro. Tome-se, como exemplo hipotético, uma indústria cujos gestores não possuem responsabilidade ou consciência ambiental que, cientes da necessidade de substituição de determinados filtros das chaminés que exalam gases poluentes do seu processo produtivo, deixam de fazê-lo, pois o investimento financeiro necessário é superior aos custos de um processo judicial cuja pena é baixíssima – quando culposo, de detenção de até um ano<sup>8</sup>.

Ou seja, o empresário analisa os custos do enfrentamento da lei, frente aos dispêndios necessários à adequação do seu parque fabril às normas de regência; a tendência é sempre optar pelo menor custo. Isto sem contar que, diante da precariedade do poder fiscalizatório do Estado, as chances de descoberta da ocorrência do crime ambiental em tão vasto território como o brasileiro, é praticamente nula, o que igualmente fomenta a atividade ilícita.

Este cenário se repete nos ilícitos fiscais, previdenciários, concorrenciais, consumeristas, marcários, financeiros etc., sem qualquer distinção, prevalecendo a avaliação do criminoso quanto às vantagens de oportunidades de cada situação pois, como assentam Shikida e Amaral (2019, p. 321), “a economia do crime assume que uma pessoa age racionalmente com base nos custos e benefícios inerentes às oportunidades legais e ilegais.”

É adequado entender, portanto, que a eficiência buscada pela Análise Econômica do Direito Penal Econômico está diretamente relacionada a uma revisão da legislação pertinente, mediante um endurecimento das penas previstas e viabilização de novos preceitos investigativos, almejando tornar a prática delituosa cada vez mais custosa aos criminosos econômicos.

---

<sup>7</sup> Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

<sup>8</sup> Art. 54. (...)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Não há dúvidas, assim, que a economia tem plena aplicação ao direito e, apesar de suas características consequencialistas e pragmáticas, mostra-se importante ferramenta de avaliação da efetividade das normas.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente trabalho pretendeu trazer à discussão a aplicação de preceitos econômicos a uma das vertentes do Direito Penal bastante em voga nos tempos atuais, já que há anos os brasileiros convivem com tantas notícias relacionadas a processos criminais envolvendo grandes empresários, políticos de envergadura nacional e tantas pessoas socialmente destacadas.

O estudo da Análise Econômica do Direito tem ganhado respaldo de inúmeros estudiosos das modernas teorias, que buscam tornar a ciência jurídica mais dinâmica, moderna e, sobretudo, eficiente, mitigando os conceitos clássicos que a isolaram enquanto ciência humana.

Eficiência é a palavra de ordem para a AED.

O Direito Penal Econômico surge enquanto vertente que tutela os bens coletivos supraindividuais econômicos, almejando resguardar a função social da propriedade, a livre concorrência, os direitos do consumidor, o meio ambiente, a busca pelo pleno emprego, a redução das desigualdades sociais etc., ou seja, tutelando as regras que direcionam a atividade econômica, tanto do Estado, quanto do indivíduo privado, o que revela a essencialidade da garantia de eficiência destas normas.

Analisar economicamente o Direito Penal Econômico é viabilizar ferramentas que garantam em suas normas a eficiência necessária para que o Estado tutele de forma adequada os preceitos que assegurem uma atividade econômica adequada, trazendo para o cidadão condições dignas de desenvolvimento social e esperança de que as futuras gerações tenham melhores condições de vida.

Portanto, a ampliação da Análise Econômica do Direito possibilita direcionar para um trajeto interdisciplinar significativo para a indagação por um ordenamento legítimo e adequado do ponto de vista da perspectiva jurídica, viabilizando ao intérprete entender o comportamento social dos indivíduos e também dos entes atingidos pelas normas, escolhendo as melhores regras para cada caso.

Este trabalho não tem como pretensão o esgotamento acerca das questões referentes a Análise Econômica no Direito voltadas ao Direito Penal Econômico, menos ainda de sustentar que a teoria de Richard Posner seja cabível cegamente em quaisquer que sejam as situações; entretanto, é inegável que a conexão entre a teoria econômica e o direito no contexto penal, principalmente no que tange ao Direito Penal Econômico, pode gerar efeitos extremamente positivos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. **Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Junho de 2018. Disponível em <<https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-e-analise/relatorio-de-conjuntura/relatorios>> Acesso em 26 de setembro de 2019.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral volume 1**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FISCHER, Talia. **Economic analysis of criminal law**. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. Handbook of criminal law. Oxford: Oxford University, 2014.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GUARAGNI, Fabio André; SOBRINHO, Fernando Martins Maria. Os critérios de delimitação do horizonte cognitivo do direito penal econômico. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 1, n. 42, p. 49-78, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1938>>. Acesso em 13 nov. 2019.
- KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2016. p. 67-74.
- OLIVEIRA, Cristiano. Esqueça a desigualdade e a pobreza. A razão para o crime no Brasil é outra. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 10 jul. 2019. Ideias. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/esqueca-desigualdade-e-pobreza-a-razao-para-o-crime-no-brasil-e-outra/>>. Acesso em 31 out. 2019.
- POSNER, Richard A. **“The Economic Approach to Law”**. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

- SCHAEFER, G. J. **Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas**. Toledo, 2000. Monografia (Ciências Contábeis) – Unioeste.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise econômica do crime. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019. p. 311-333.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Tomo II (D – I). Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 1973.
- SUTHERLAND, Edwin H. “**White-collar criminality**”, *American Sociological Review*, 1940.
- SUTHERLAND, Edwin H. “**Crime and business**” *The annals of American Academy of political and social science*, 1941.
- TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti; GUARISE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019.
- TIMM, Luciano Benetti. Custo da criminalidade e desenvolvimento. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 25 abr 2016. Opinião. Disponível em: <<https://opinia.estado.com.br/noticias/geral,custo-da-criminalidade-e-desenvolvimento,10000027795>>. Acesso em 30 out. 2019.
- TORON, Alberto Zacharias: **Crimes do colarinho branco**: os novos perseguidos? *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 28, São Paulo: RT, 1999.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.