

Luiz Eduardo Dias Cardoso

**O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME NA TEORIA
ECONÔMICA DE GARY BECKER**

Dissertação submetida ao Programa
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton Das
Neves Gonçalves

Florianópolis – SC

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Cardoso, Luiz Eduardo Dias

O conceito normativo de crime na teoria econômica
de Gary Becker / Luiz Eduardo Dias Cardoso ;
orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2018.
227 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2018.

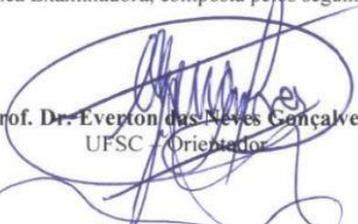
Inclui referências.

1. Direito. 2. Análise Econômica do Direito. 3.
Teoria Econômica do Crime. 4. Direito Penal. 5. Gary
Becker. I. Gonçalves, Everton das Neves. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

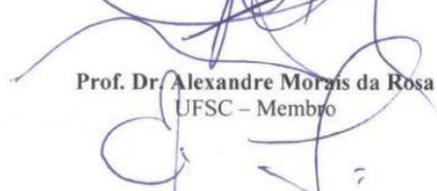
O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME NA TEORIA ECONÔMICA DE GARY BECKER

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



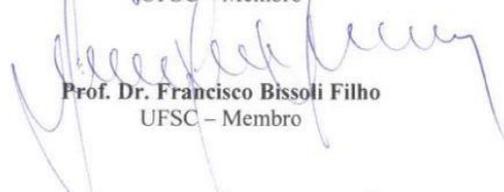
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
UFSC – Orientador



Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
UFSC – Membro



Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza
UFSC – Membro



Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho
UFSC – Membro



Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 18 de abril de 2018.

Àquele que por tanto tempo esperei e que por muito mais tempo amarei: meu irmão Rafael; à memória das minhas avós Irma e Ivone e do meu avô Paulo, como também à vida do meu avô Dirceu; aos meus pais Luiz Fernando e Adriana; e à minha amada Bárbara.

AGRADECIMENTOS

Um clichê necessário, os agradecimentos são, no fundo, a parte mais importante deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Luiz Fernando e Adriana, pelos dois maiores presentes que já recebi: meu irmão e minha educação;

Ao meu irmão Rafael, minha constante plateia, que me motiva a ser, dia após dia, a melhor versão de mim mesmo;

À minha amada Bárbara, meu grande amor e a força motriz para a conclusão deste trabalho;

Ao meu avô Dirceu, pelo exemplo de ternura e amor;

Aos meus tios Darlan e José Eduardo, por serem exemplos tão próximos a mim de profissionais do Direito que honram o posto que ocupam;

Ao meu orientador, Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, por ter me conferido um voto de confiança e um passe livre para transitar pelo incrível mundo da Teoria Econômica do Crime;

À Professora Doutora Luana Renostro Heinen, que desde o início de minha pesquisa acerca da Teoria Econômica do Direito enfatizou a relevância do contraponto elaborado pelas perspectivas críticas;

Ao Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, pelo exemplo de oxigenação do pensamento jurídico e de busca pelo conhecimento crítico;

Ao Professor Doutor Francisco Bissoli Filho, pelo exemplo de paixão pela Academia e pelas Ciências Criminais que me tem passado há quase uma década;

Ao Professor Doutor Orlando Celso da Silva Neto, presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia no exercício 2017-2018, pelo exemplo de inovação no pensamento jurídico-econômico;

Ao Professor Doutor Cláudio Macedo de Souza, que me proporcionou, ainda na graduação, a minha primeira experiência docente – ou algo próximo a isso – na monitoria em Direito Penal I e incentivou, com isso, minha paixão pela Academia;

Aos amigos Analú, Anaruez, Bráulio, Bruna, Jéssica, Lyza, Márcia, Marco Aurélio, Mariane, Rafael e Raquel, colegas do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD) – a nossa “Escola de aprender a Amar” –, pela amizade e pelo compartilhamento de anseios e reflexões atinentes à Análise Econômica do Direito;

Aos meus colegas do Tribunal de Justiça, em especial aos chefes Marcelo Ferreira e Desembargadora Janice Ubialli, pela compreensão e pelo incentivo;

A todos os amigos, cuja menção individual acresceria a este trabalho muitas outras páginas, pelo eterno companheirismo e pelo desafogo que representaram Academia afora;

A todos e a cada um de vocês, enfim, o meu muito obrigado! Conquanto solitariamente escrito, este trabalho certamente não é fruto exclusivo das minhas digressões; é composto pela soma de todos os pequenos gestos de apoio que recebi nestes dois anos de Mestrado.

Nós pensamos todos os nossos atos. Não fazemos nada sem um penoso processo mental. Antes de atravessar a rua, ou de chupar um Chicabon, o homem normal é lacerado de dúvidas. Ele estaca diante da carrocinha amarela e, acometido de uma perplexidade hamletiana, pergunta, de si para si: – “Tomo ou não tomo o Chicabon? Talvez seja melhor não tomar o Chicabon. Ou devo tomar?” [...]. O ser humano pensa demais e é pena, pois a vida é, justamente, uma luta corporal contra o tempo.

Nelson Rodrigues

RESUMO

A presente dissertação discorre sobre a Teoria Econômica do Crime cunhada e desenvolvida por Gary Becker e, em meio a tal tema, investiga se é possível identificar, na obra do economista norte-americano, um conceito normativo de crime. A hipótese apresentada a este problema dá conta de que é, sim, possível localizar tal acepção na obra de Becker. A fim de verificar ou falsear essa hipótese, principia-se, no Primeiro Capítulo, com a exposição acerca da trajetória histórica percorrida pela Análise Econômica do Direito (AED) – seu surgimento, desenvolvimento e consolidação –, dos seus pressupostos teóricos elementares e das abordagens em que se divide: positiva e normativa. Já de modo a iniciar o Segundo Capítulo, principia-se com a apresentação dos antecedentes históricos da Análise Econômica do Direito Penal – nomeadamente Beccaria e Bentham. Na sequência, discorre-se acerca da Teoria Econômica do Crime, a qual, conquanto encontre suas raízes ainda no Século XVII, foi definitivamente desenvolvida apenas a partir de 1968, com o ensaio *Crime and punishment: an economic approach*, de Becker; neste ponto, confere-se especial ênfase à eficiência econômica, que ocupa lugar de destaque na Análise Econômica do Direito e, especificamente, do Direito Penal. Por fim, no Terceiro Capítulo, retoma-se o problema acerca do qual orbita este trabalho, de forma a avaliar se é, ou não, possível extrair um conceito normativo de crime da obra de Becker. Para tanto, expõem-se os conceitos positivos de crime para o próprio Becker e para Posner e, mais adiante, responde-se afirmativamente àquela indagação: assevera-se, portanto, que há um conceito normativo de crime subjacente à Teoria Econômica do Crime. O trabalho – orientado pelo procedimento monográfico, pelo método de estudo descritivo e argumentativo e pela técnica de pesquisa bibliográfica – adota o raciocínio dedutivo, uma vez que parte de considerações mais abrangentes acerca da Teoria Econômica do Crime para, ao final, formular uma conclusão quanto à correção da hipótese que indica a viabilidade de um conceito normativo de crime sob a abordagem econômica. Além disso, o marco teórico é composto sobretudo, mas não exclusivamente, das obras de Becker e Posner, dois dos principais artífices da teoria de base que fundamenta este trabalho – a Teoria Econômica do Crime –, como também da obra de Foucault, cuja análise crítica permeia a elaboração deste trabalho.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Teoria Econômica do Crime. Gary Becker. Conceito normativo.

ABSTRACT

This dissertation deals with the Economic Theory of Crime created and developed by Gary Becker and, in the midst of such a topic, investigates if it is possible to identify, in the work of the American economist, a normative concept of crime. The hypothesis provisionally presented to this problem indicates that it is possible to find this concept in Becker's works. In order to verify or falsify this hypothesis, this work begins with the exposition about the historical path covered by the Economic Analysis of Law – its emergence, development and consolidation – of its elementary theoretical presuppositions and of the approaches in which it divides into: positive and normative. In order to start the second next chapter, this work presents the historical background of the Economic Analysis of Law, namely Beccaria and Bentham. Furthermore, this work discusses the Economic Theory of Crime, which, although it still finds its roots in the seventeenth century, was definitively developed only after 1968, with Becker's essay "Crime and Punishment: an Economic Approach"; at this point, special emphasis is placed on economic efficiency, which occupies a prominent place in the Economic Analysis of Law and specifically in Criminal Law. Finally, in the Third Chapter, this work returns to the problem initially presented, in order to evaluate whether it is possible or not to extract a normative concept of crime from Becker's work. For this, the positive concepts of crime are exposed according to Becker and according to Posner and, later, this work responds positively to that initial question: it is affirmed, therefore, that there is a normative concept of crime underlying the Economic Theory of Crime. The work – guided by the monographic procedure, by the descriptive and argumentative procedure method and by the bibliographic research technique – adopts the deductive reasoning, since it begins with broader lessons on the Economic Theory of Crime, in order to formulate a conclusion that shows the correction of the hypothesis that indicates the feasibility of a normative concept of crime under the economic approach. In addition, the theoretical framework is composed mainly of, but not exclusively, the works of Becker and Posner, two of the main creators of the basic theory underlying this work – Economic Theory of Crime – as well as of Foucault's work, whose analysis guides this work.

Keywords: Economic Analysis of Law. Economic Theory of Crime. Gary Becker. Crime. Normative definition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

EUA – Estados Unidos da América

LaE – Law and Economics

PEES – Princípio da Eficiência Econômico-Social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: SURGIMENTO, PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS e PANORAMA ATUAL	27
1.1. O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	28
1.1.1. A SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS	28
1.1.2. O CENÁRIO ANTECEDENTE	31
1.1.3. OS PRIMEIROS PASSOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	34
1.1.4. A CONSOLIDAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	43
1.2. OS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	46
1.2.1. EFICIÊNCIA ECONÔMICA	51
1.2.2. MICROECONOMIA	61
1.2.3. RACIONALIDADE DOS AGENTES: O <i>HOMO OECOMICUS</i> E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	65
1.2.4. AS VERTENTES POSITIVA E NORMATIVA	73
1.3. O PANORAMA ATUAL DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	79
2. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME	89
2.1. AS FUNDAÇÕES HISTÓRICAS DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME	89
2.1.1. BECCARIA: O INÍCIO DA INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA EM MATÉRIA PENAL.....	92
2.1.2. BENTHAM: O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO ÂMBITO PENAL.....	97
2.2. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME A PARTIR DE GARY BECKER	103

2.2.1. O VANGUARDISMO DE BECKER: A EXPANSÃO DA ABORDAGEM ECONÔMICA A ÂMBITOS ATÉ ENTÃO INEXPLORADOS.....	104
2.2.2. O SURGIMENTO DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE BECKER.....	107
2.2.3. DE BECCARIA E BENTHAM A BECKER: A DIVERGÊNCIA ESSENCIAL.....	113
2.2.4. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME ENTRE BECKER E FOUCAULT.....	118
2.3. A ASSUNÇÃO QUANTO À RACIONALIDADE DOS AGENTES.....	128
2.3.1. A TEORIA DAS ESCOLHAS RACIONAIS.....	128
2.3.2. A SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA QUANTO À FIGURA DO CRIMINOSO: O SURGIMENTO DO PARADIGMA ECONÔMICO.....	132
2.3.3. O CARÁTER MODELAR DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME.....	135
2.4. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME E SUAS VARIÁVEIS.....	143
2.5. A EFICIÊNCIA NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME.....	156
3. O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE GARY BECKER.....	167
3.1. CONCEITOS DE CRIME SOB A ÓPTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	167
3.1.1. O CONCEITO POSITIVO DE CRIME PARA BECKER.....	168
3.1.2. O CONCEITO DE CRIME PARA POSNER.....	173
3.2. O POSSÍVEL NORMATIVO CONCEITO DE CRIME NA OBRA DE GARY BECKER.....	177
3.2.1. O “DIÁLOGO” ENTRE FOUCAULT, HARCOURT E BECKER.....	179
3.2.2. AVALIAÇÃO DOS ESCRITOS DE BECKER ACERCA DOS CRIMES E DAS PUNIÇÕES.....	182
3.2.3. HÁ UM CONCEITO DE CRIME SUBJACENTE À TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE GARY BECKER?.....	199

CONCLUSÃO	211
REFERÊNCIAS	215

INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) impressiona, logo de início, pelo seu potencial de expansão. Com efeito, desde seu surgimento na década de 60 do Século XX, o movimento expandiu-se e hoje se aplica a todas as áreas do Direito¹.

Esse movimento teórico teve seu surgimento vinculado a áreas do Direito em que o conteúdo econômico é mais evidente: citam-se, por exemplo, o Direito Concorrencial, o Direito Tributário, o Direito Econômico e o Direito Financeiro. Todavia, com a publicação do artigo “*Crime and punishment: an economic approach*” em 1968, o economista norte-americano Gary Becker (1974) inaugurou uma área de estudos da AED que ainda não fora explorada: a Análise Econômica do Direito Penal. Criou-se, assim, a Teoria Econômica do Crime, a qual, apesar de ter se desenvolvido apenas na segunda metade do Século XX, já encontrava antecedentes históricos nas obras de Beccaria e Bentham publicadas nos Séculos XVIII e XIX.

Em meio à Teoria Econômica do Crime, o presente trabalho investiga se é possível extrair da obra de Becker um conceito normativo de crime – isto é, uma aceção que prescreva quais condutas devem, ou não, ser criminalizadas.

O problema, portanto, consiste na indagação quanto à possibilidade de identificar, ou não, um conceito normativo de crime na Teoria Econômica do Crime desenvolvida por Becker. O problema parte da constatação de que, a despeito da riqueza e da complexidade da teoria desenvolvida pelo economista norte-americano, não há preceitos que indiquem quais condutas devem, ou não, ser criminalizadas; dito de outra forma, não se indica o que deve ser crime. Há, é bem verdade, um número significativo de pressupostos teóricos que norteiam a abordagem

¹ Logo de início é necessário elaborar advertência quanto às Escolas em que usualmente se dividem os estudos de Direito e Economia. O que se deseja alertar é que, muito embora a AED possa ser dividida em diversas Escolas, o presente trabalho, ao fazer menção àquele movimento teórico, alude à tradicional Escola de Chicago, representada, por exemplo, pelas figuras de Becker e Posner. Advertência semelhante é aposta por Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2.730) em artigo por eles escrito: “facilitando o entendimento, as citações estrangeiras foram livremente traduzidas; da mesma forma, reconhecendo-se que as *Economic Schools* podem ser analisadas sob quatro enfoques distintos, para fins deste trabalho, *Law and Economics – LaE*, reflete, basicamente, o trabalho de Richard A. Posner e a Escola Tradicional de Direito e Economia”.

econômica dos crimes e punições – que possibilitam, inclusive, que se construa um conceito positivo de crime (o que é crime) –, mas não há uma concepção normativa acerca da mais básica entre as perguntas que se colocam a qualquer teoria criminal: o que deve ser crime?

Vale relatar, desde já, que essa inquietude parte da análise crítica incipientemente efetuada por Foucault (2008) em seu curso “O nascimento da biopolítica”, a qual foi aprofundada por seus epígonos – sobretudo Harcourt (2011) – já no Século XX. A partir de tal análise foucaultiana, identificou-se que há uma lacuna na obra de Becker, relativa exatamente à concepção normativa acerca da criminalização de condutas. É a partir de tal indagação, portanto, que se desenvolve o trabalho.

Assim, a um só tempo revelam-se a justificativa e o objetivo deste trabalho. A justificativa subjacente a sua confecção diz respeito à necessidade de perscrutar mais profundamente essa reflexão que ainda não foi levada adiante, seja pelos teóricos da AED, seja pelos críticos partidários da abordagem foucaultiana. Isto é, há uma indagação cuja resposta deve ser encontrada após exploração da Teoria Econômica do Crime de Becker. Essa justificativa torna-se mais robusta diante da percepção de que o debate acerca da abordagem econômica do Direito Penal ainda é muito incipiente no Brasil, de modo que se visualiza grande espaço para crescimento e desenvolvimento dessa discussão e de todas aquelas reflexões que digam respeito aos crimes e às punições sob uma óptica econômica.

O objetivo geral deste trabalho, por sua vez, consiste exatamente em identificar a existência de um conceito normativo de crime na Teoria Econômica do Crime de Becker.

Já os objetivos específicos consistem, em apertada síntese, em apresentar a AED, com seus antecedentes históricos, seu surgimento, desenvolvimento e consolidação, e seus pressupostos teóricos; explorar a Teoria Econômica do Crime, desde suas mais remotas raízes até as implicações diante das assunções elementares da AED, o que invariavelmente se dá à luz da abordagem foucaultiana; e, por fim, investigar a possibilidade de extrair um conceito normativo de crime da obra de Becker e de compatibilizá-lo com os elementos teóricos propostos pelo próprio Becker e pela Teoria Econômica do Crime como um todo.

Para que se cumpram os objetivos propostos, o presente trabalho – orientado pelo procedimento monográfico, pelo procedimento descritivo e argumentativo e pela técnica de pesquisa bibliográfica – adota, como método de abordagem, o raciocínio dedutivo, uma vez que parte de considerações mais abrangentes acerca da Teoria Econômica do Crime para, ao final, formular conclusão quanto à correção da hipótese que

indica a viabilidade de um conceito normativo de crime sob a abordagem econômica.

Também é relevante destacar que o marco teórico sobre o qual se funda esta dissertação é composto sobretudo – mas não exclusivamente – das obras de Becker e Posner, dois dos principais artífices da teoria de base que fundamenta este trabalho: a Teoria Econômica do Crime. O trabalho ainda se vale recorrentemente da análise crítica empreendida por Foucault acerca da AED e, mais especificamente, da Análise Econômica do Direito Penal desenvolvida por Becker.

Com efeito, a obra de Becker é essencial a qualquer análise acerca da Teoria Econômica do Crime, uma vez que constitui a reflexão pioneira acerca do tema aqui abordado, a qual continua a influenciar diversos estudos e a impulsionar a produção de significativas pesquisas empíricas acerca dos crimes e das punições.

A ênfase dada à obra de Posner, por sua vez, se deve muito à posição central ocupada pelo jurista norte-americano na AED; é ele, de fato, um dos mais célebres e influentes dentre os teóricos da abordagem econômica do Direito. Ademais, Posner é autor do ensaio “*An economic theory of the Criminal Law*”, tão influente, no âmbito da Teoria Econômica do Crime, quanto o artigo “*Crime and punishment: an economic approach*”, de Becker.

Por fim, o destaque conferido à obra de Foucault se deve à análise crítica que o pensador francês elaborou acerca da obra de Becker, concebido por ele como um nome muito representativo em relação à AED e à Teoria Econômica do Crime.

Diante de tais elementos metodológicos, vale apresentar a estrutura deste trabalho. O Primeiro Capítulo inicia com relato acerca do surgimento da abordagem econômica do Direito, o qual passa pela superação dos paradigmas jurídicos vigentes nos Estados Unidos da América (EUA) da primeira metade do Século XX, pelo cenário antecedente no pensamento jurídico-econômico, pelos primeiros passos dados pelos teóricos do movimento em questão e por sua consolidação. Exposto esse percurso histórico tricentenário, expõem-se os principais pressupostos teóricos da AED – que consubstanciarão, da mesma forma, asseções elementares da Teoria Econômica do Crime. Assim, este trabalho discorre acerca da eficiência econômica, da Microeconomia e da racionalidade dos agentes, de modo a situar cada um desses elementos em meio à AED e de demonstrar a coerência entre eles existentes. Na sequência, apresentam-se as abordagens positiva e normativa, cuja distinção é essencial para a compreensão do problema acerca do qual orbita este trabalho. Por fim, elabora-se panorama acerca do atual estado

da arte da AED, de modo a destacar a sua relevância no cenário jurídico não somente dos EUA, como de todo o mundo.

Já de modo a introduzir o Segundo Capítulo e a apresentação da Teoria Econômica do Crime, elabora-se exposição histórica acerca da AED, a qual parte de seus dois mais remotos expoentes: Beccaria e Bentham. Vale esclarecer que esse esboço histórico inicial é elaborado não por mero capricho, preciosismo ou tradição; em verdade, o que se pretende demonstrar é a trajetória que os elementos econômicos percorreram na história da abordagem econômica do Direito Penal, em caminho que liga Beccaria a Bentham e este a Becker. Assim, uma vez expostas as mais incipientes raízes históricas da Teoria Econômica do Crime – que são, não à toa, as origens da própria AED –, progride-se à exposição acerca da Teoria Econômica do Crime. Essa apresentação tem início na exploração do desenvolvimento teórico formado por Becker, à moda daquilo que se expõe em relação à AED em geral. Assim, indica-se o vanguardismo de Becker, explicita-se o caminho que conduziu ao surgimento da Teoria Econômica do Crime e discorre-se acerca da relação entre as obras de Becker e dos reformadores modernos – Beccaria e Bentham –, de modo a ressaltar não somente as convergências, mas também as divergências. Além disso, passa-se à exposição da análise elaborada por Foucault e seus discípulos intelectuais acerca da obra de Becker. Essa parcela da dissertação é essencial, uma vez que, muito embora o presente trabalho não se filie aos pressupostos ideológicos foucaultianos, os utiliza como lente de análise acerca da Teoria Econômica do Crime e da obra de Becker como um todo. Mais adiante, passa-se à exposição acerca de três dos mais relevantes elementos da teoria em estudo. O primeiro deles diz respeito ao pressuposto quanto à racionalidade dos agentes econômicos potencialmente criminosos – que equivalem, em verdade, a qualquer pessoa. Nesse particular, discorre-se acerca da teoria das escolhas racionais desenvolvida por Becker, da superação paradigmática quanto às figuras criminais concebidas pelas teorias criminológicas até então dominantes e do caráter modelar da Teoria Econômica do Crime. O segundo elemento refere-se à equação que delinea as variáveis em torno das quais orbita aquela teoria – a proporcionalidade de apreensão e condenação dos criminosos, a sanção penal e o lucro esperado –, equacionadas em uma função matemática bastante ilustrativa. Por fim, o terceiro elemento exposto diz respeito à eficiência econômica que norteia não somente a Teoria Econômica do Crime, mas a AED como um todo.

Evolui-se, então, em direção ao último Capítulo, que é devotado ao debate quanto à possibilidade de identificar, ou não, um conceito

normativo de crime na obra de Becker. Principia-se essa investigação pela acepção positiva de crime que se vale o economista americano. Assim, apresentam-se os conceitos de crime de que se valem Becker e Posner; nessa oportunidade, salienta-se que, muito embora Becker não o enuncie expressamente, há um conceito positivo de crime bastante claro em sua obra. Mais adiante, indica-se que é exatamente sobre a lacuna exposta na obra de Becker – que não disserta sobre o que deveria ser crime – que Posner avança com seu conceito de crime fundado na crença quanto à eficiência ínsita aos mercados (sejam eles explícitos ou implícitos). Delineadas tais acepções, passa-se à apreciação da análise crítica que Foucault e seus epígonos fazem da obra de Becker quanto à ausência de um conceito normativo de crime e à possibilidade de estender a análise econômica a quaisquer condutas – não somente àquelas já previamente tipificadas pelo Código Penal. Absorvida tal crítica, bem como a sugestão que lhe acompanha quanto a um possível conceito normativo de crime, prossegue-se com a análise de dois escritos em que Becker se debruçou sobre pontos particulares da Teoria Econômica do Crime, os quais versam acerca da legalização das drogas e da pena de morte, ambos sob a perspectiva dos pressupostos subjacentes àquela teoria. A apreciação de tais escritos se dá com o fim de avaliar o método utilizado por Becker nesses estudos e, a partir daí, perscrutar a possibilidade de identificar um conceito normativo de crime – sobretudo diante da sugestão de Harcourt (2011) – em sua Teoria Econômica do Crime. A resposta a essa indagação é fornecida a seguir, oportunidade em que se avalia o problema de pesquisa à luz da análise crítica de Foucault (2008) e Harcourt (2011) e da aproximação de Becker com Beccaria e Bentham.

Assim, apresentados individualmente os elementos metodológicos subjacentes a este trabalho, exposto o roteiro que lhe norteia, e efetuados os alertas necessários², passa-se ao desenvolvimento da pesquisa, que se

² Para além daquele alerta concernente às Escolas em que se divide à AED e à referência à Escola de Chicago, cabe advertir quanto à opção metodológica adotada em relação aos textos escritos em línguas estrangeiras. Há, aí – especialmente no que toca aos textos escritos na língua inglesa, mas também na língua espanhola –, duas circunstâncias a destacar. Inicialmente, adverte-se que as citações estrangeiras foram livremente traduzidas por este autor, que sobre elas assume plena responsabilidade. Por outro lado, alerta-se que alguns termos originários da língua inglesa não foram traduzidos; manteve-se, assim, a grafia oriunda daquele idioma, sobretudo com o objetivo de preservar a fidelidade ao significado das expressões em questão, nos casos em que não há plena correspondência na língua portuguesa. É o caso, por exemplo, da expressão “*enforcement*” – sem equivalente no português –, que exerce papel fundamental

dará, como antecipadamente, mediante a articulação de três capítulos e, ao fim, da conclusão.

em meio à Teoria Econômica do Crime. Esta última advertência quanto às traduções se faz ainda mais relevante porque a AED é oriunda dos EUA, cuja tradição jurídica difere da brasileira em um número significativo de aspectos. Essa diretriz metodológica vai ao encontro daquela adotada por Dieter em sua tese doutoral. Vale ressaltar que, à moda do que ocorre neste trabalho, o autor versou, em seu escrito, acerca de corrente de pensamento gestada nos EUA: no caso, a criminologia atuarial. Esclarece Dieter (2012, p. 18): “Exposto o roteiro, mas antes de iniciar o percurso que se anuncia, falta apenas uma advertência metodológica, considerando que a maioria dos textos e das experiências que sustentam a proposta de Política Criminal Atuarial tem origem nos Estados Unidos, país cujo sistema jurídico é não peculiar quanto complexo. Por isso, no intuito de apresentar o tema da maneira mais fiel possível ao leitor brasileiro, em boa medida resistiu-se à tentação de adaptar as categorias próprias do discurso jurídico-penal estadunidense para o contexto do regime jurídico e político brasileiro. Isso porque, mesmo quando disponíveis institutos semelhantes capazes de autorizar uma analogia cientificamente válida – como seriam os casos, por exemplo, das simetrias aparentes entre ‘*felony*’ e crime, ‘*parole*’ e livramento condicional, ‘*probation*’ e *sursis* etc. –, o significado próprio destes conceitos pareceu necessário para assegurar a correição crítica das observações. Pelo mesmo motivo, isso não acontece nos casos em que a redução foi capaz de reproduzir o peso e impacto de certas expressões que estão em desuso ou foram simplesmente revogadas pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que são responsáveis por verticalizar a aplicação da lógica atuarial na criminalização secundária norte-americana. Apresentam-se em português, portanto, termos profundamente estigmatizantes, mas capazes de trazer ao texto as conotações que lhe são pertinentes para fins de denúncia, tais como delinquência juvenil e delinquentes sexuais, para citar apenas dois entre os piores exemplos. Por último, em relação ao nome próprio de certos instrumentos atuariais, a opção por deixá-los no original resultou da artificialidade de sua tradução para o português, quando não pela incompreensão absoluta em relação a seus métodos e objetivos. Assim, ao adotar um léxico compatível com as fontes utilizadas busca-se aproximar a leitura do contexto particular no qual se originou e desenvolveu o referente teórico, imaginando-se que as constantes referências em inglês não devem produzir um estranhamento tão grande face à proximidade da cultura ‘americana’ entre aqueles que vivem na sua versão Latina, antigo ‘*backyard*’. De toda sorte, esclarecimentos serão frequentemente ser encontrados em nota de rodapé”.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: SURGIMENTO, PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E PANORAMA ATUAL

Neste Capítulo inaugural, serão expostos os aspectos centrais da AED, especialmente no que toca à Teoria Econômica do Crime.

Dessa forma, principia-se pela exploração do contexto histórico em que floresceu aquele movimento do pensamento jurídico-econômico, que remete aos EUA da primeira metade do Século XX, em que a teoria então dominante era o realismo jurídico.

Discorrer-se-á, assim, de início, acerca dos antecedentes de tal movimento teórico – nomeadamente, Beccaria e Bentham – e de seus *founding fathers* (pais fundadores): Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Richard Posner. Ao economista Gary Becker é conferida especial ênfase, na medida em que se trata do autor do ensaio *Crime and punishment: an economic approach* (1974) – título que poderia ser livremente traduzido como “Crimes e punições: uma abordagem econômica” –, concebido como o escrito seminal acerca da Teoria Econômica do Crime. Adverte-se, da mesma forma, que, em meio às múltiplas Escolas em que se desenvolvem os estudos de Direito e Economia, especial relevo é conferido, aqui, à Escola de Chicago de AED, na medida em que se trata daquela à qual se filiam Becker e Posner³, dois dos referenciais teóricos sobre os quais se sustenta o presente trabalho.

³ Quanto à obra de Posner, é comum apontar que sofreu uma relevância mudança se comparados os escritos elaborados pelo autor nas décadas de 70 e 80 em relação àqueles formulados da década de 90 em diante. É exatamente o que Salama (2010) analisa em texto sugestivamente intitulado “A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner”. Com efeito, são notórias as distinções – que dizem respeito sobretudo ao papel da eficiência no Direito – entre as obras “*Economic Analysis of Law*”, de 1973, e “*The Economics of Justice*”, de 1981, em relação a escritos posteriores, sobretudo a partir do livro “*Law, Pragmatism and Democracy*”, publicado inicialmente em 2003. Heinen (2012, p. 37-39) endossa o que aqui se afirma: relata que, “assim como os limites ao direito sofreram algumas mutações ao longo da obra de Posner, alguns autores defendem que a sua concepção de justiça como eficiência, trabalhada principalmente no livro *The Economics of Justice* (1981), teria mudado. Segundo Salama, Posner teria abandonado a maximização de riqueza como fundação ética do direito, a partir de 1990”. A autora, todavia, objeta que “essa mudança da posição de Posner não parece tão clara”. Com efeito, ainda segundo Heinen, a eficiência pode ter sido retirada do papel central a que havia sido alçada nos

Mais adiante, explorar-se-á o atual panorama da AED, bem como seus elementos e fundamentos mais característicos, com especial ênfase no papel desempenhado pela eficiência.

Vale ressaltar que a dedicação de um Capítulo desta pesquisa à apresentação da AED – com a introdução, desde já, de aspectos centrais acerca da Teoria Econômica do Crime – se faz necessária em razão do estado incipiente em que se encontra o estudo dessa escola jurídico-econômica na Academia brasileira, ainda permeado por muitos mitos e incompreensões. Assim, a apresentação dos fundamentos e pressupostos metodológicos da AED no presente trabalho se dá de forma a desde o início conferir ênfase ao nicho daquela Escola que será aqui abordado: a Teoria Econômica do Crime.

1.1. O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Neste ponto inaugural do trabalho, é fundamental traçar breve histórico acerca do surgimento, do desenvolvimento e da consolidação da AED, o que se faz com o objetivo de verificar, desde as mais remotas raízes históricas, a forma como a Ciência Econômica se agrega ao Direito.

1.1.1. A SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS

Ainda que as principais suas bases teóricas tenham sido lançadas nos Séculos XVIII e XIX com as obras de Beccaria e Bentham, a AED somente surgiu, de modo definitivo, na segunda metade do Século XX.

Antes disso, todavia, o percurso que se iniciou nos Séculos XVIII e XIX sofreu considerável interrupção nos Séculos XIX e XX.

Nos EUA de então, a visão predominante, “sob o aspecto metodológico e epistemológico, compreende o direito como realidade e disciplina autônoma conforme as formulações de Langdell” (ALVAREZ, 2006, p. 49), sobretudo a partir de sua obra “*A Selection of Cases on the Law of Contract*”, de 1871, que criou o que veio a se chamar *method* ou *mechanical jurisprudence*. Esse paradigma fundava-se na crença na completude e na autonomia do Direito (PACHECO, 1994, p. 193) – algo

primeiros estudos de Posner, mas continuou a figurar como critério relevante para “avaliar as instituições sociais e direcionar as decisões judiciais [...], tendo em vista que vai estar incorporada ao próprio pragmatismo legal como proposto por Posner”, até porque, como registra a autora, “o pragmatismo está sim carregado pelo critério da eficiência”.

extremamente oposto às bases sobre as quais se funda a Teoria Econômica do Direito⁴.

Já no âmbito da *Civil Law*, isso pode ser atribuído ao positivismo – inicialmente, o positivismo científico de Comte e, mais tarde, o positivismo jurídico de Kelsen –, que conduziu a um acentuado isolacionismo científico. Esse ideário manifesta-se, em relação ao Direito, sobretudo nas obras de Hans Kelsen, cuja *magnum opus* é sugestivamente intitulada “Teoria Pura do Direito”. Como afirma Coelho (2007, p. 20), Kelsen formula uma Teoria Pura do Direito, de modo a caracterizá-la como verdadeira Ciência Jurídica. A lógica do paradigma kelseniano é assim descrita por Martinez (2013, p. 418):

A teoria e a norma, enquanto dever-ser, desencadeiam essa visão científica modernista, na qual, perante a Ciência do Direito, caberia ao pesquisador obter o conhecimento científico no desmembramento, redução, e simplificação dessa mecânica, na compreensão analítica das partes menores das normas postas de maneira fragmentada.

Cabe observar que tanto no *Common Law*, quanto no *Civil Law*, os paradigmas que antecederam o surgimento da Teoria Econômica do Direito fundavam-se na completude e na autonomia do Direito.

A AED, por sua vez, desde sua origem – seja no Brasil, seja nos EUA – rema na contramão dos paradigmas que lhe antecederam.

A superação paradigmática operada fatalmente desembocou no surgimento da AED, cujo maior fundamento – como sua designação sugestivamente ilustra – é a interação entre Direito e Economia.

Moreira e Ribeiro (2013, p. 452-453) assim descrevem o processo de superação do paradigma kelseniano pela AED:

Em razão da nova e complexa realidade, surgem alternativas metodológicas ao positivismo kelseniano, como a que propugna a aplicação do Direito conforme as suas consequências, que tem ganhado forma pela chamada análise econômica do Direito e atribuído aos magistrados verdadeiros poderes legislativos para tomar a decisão judicial

⁴ Com efeito, Alvarez (2006, p. 50) elucida que a Análise Econômica do Direito rejeita a ideia de que o Direito seria autônomo em relação às realidades sociais e às demais ciências sociais e, portanto, vale-se da interdisciplinaridade, mediante o recurso a saberes da economia.

somente após “*all things considered*”, como sugere Richard Posner⁵.

⁵ Quanto à relação entre o paradigma kelseniano e a Análise Econômica do Direito, outra perspectiva – bastante peculiar e interessante – é apresentada por Coelho (2007, p. 20). A autora afirma que “desde a ascensão do positivismo jurídico, que teve em Kelsen seu maior representante, o Direito buscou afirmar-se como um ordenador social objetivo, desligado de concepções morais e políticas”. Na sequência, Coelho assevera que a Análise Econômica do Direito renova o anseio dos juristas por objetividade. Diz ela, com base em Posner, “que o trabalho interdisciplinar feito nos campos do Direito e da Economia, que resultou na Análise Econômica do Direito, pode ser considerado o mais ambicioso e provavelmente o mais influente esforço no sentido de elaborar um amplo conceito de justiça capaz de explicar as decisões legislativas e judiciais a partir de uma base objetiva, ou seja, livre de visões político-individualistas” (COELHO, 2007, p. 21). A autora explica que, no paradigma econômico do Direito, a objetividade é resgatada exatamente pela concepção científica emprestada à Economia, a qual, por meio da Análise Econômica do Direito, atinge também o fenômeno jurídico (COELHO, 2007, p. 21). Coelho pondera, assim, que a Análise Econômica do Direito não representa somente uma superação de paradigmas – da neutralidade positivista à interdisciplinaridade daquela teoria jurídico-econômica; “na verdade”, argumenta a autora, “o movimento do *Law and Economics* aproxima-se muito mais do positivismo jurídico, por almejar cientificidade e objetividade, do que de posturas eminentemente interdisciplinares que advogam uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas” (COELHO, 2007, p. 22). Assim, verifica-se que, se por um lado a Análise Econômica do Direito se afasta do positivismo jurídico kelseniano em razão do formalismo, por outro se aproxima em razão dessa busca por objetividade científica. E é exatamente esse o motivo, segundo defende Coelho (2007, p. 20), que explica o êxito global da Análise Econômica do Direito: “é exatamente nessa proximidade entre a Análise Econômica do Direito e o conceito de ciência, fortalecida pela adoção da microeconomia neoclássica, que reside o motivo principal do êxito do *Law and Economics* como doutrina jurídica”. E a autora arremata: “O resgate da objetividade advém da concepção científica emprestada à Economia, e que, por meio da Análise Econômica do Direito passa então a atingir o fenômeno jurídico. E é por isso, por responder a um fetiche por objetividade existente no Direito, que a Análise Econômica do Direito conquista, diferentemente de outras doutrinas jurídicas tipicamente americanas, uma simpatia quase mundial [...]. É essa pretensa cientificidade que pode explicar o êxito da Análise Econômica do Direito como doutrina jurídica. Os aplicadores do Direito ainda buscam dar um sentido objetivo a suas decisões, e a Economia apresenta-se como veículo ideal para esse propósito” (COELHO, 2007, p. 21-22). No mesmo sentido – a apontar a objetividade ínsita à Análise Econômica do Direito, Heinen (2012, p. 44) aponta

Já quanto à superação do paradigma anteriormente vigente na *Common Law*, Alvarez (2006, p. 53) afirma que a “proposta de estudo interdisciplinar implica a rejeição da idéia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação de Langdell”. Com efeito, como observa Heinen (2012, p. 22), “busca-se na ciência, hoje, a superação desse paradigma positivista de neutralidade, pureza e separação sujeito/objeto”, presente não somente no paradigma proposto por Langdell para a *Common Law*, como também naquele proposto por Kelsen para a *Civil Law*.

É, pois, exatamente através da simbiose entre Direito e Economia que se erige o novo método subjacente aos estudos jurídicos representados pela AED.

1.1.2. O CENÁRIO ANTECEDENTE

A superação dos paradigmas anteriores pela AED tem origem, paradoxalmente, antes mesmo do surgimento desta teoria jurídico-econômica.

Para verificá-lo, basta remeter à sua raiz: o realismo jurídico norte-americano. A *Law and Economics*, muito embora tenha surgido como resposta àquela teoria, acabou por adotar uma de suas mais elementares premissas, segundo a qual o Direito não se restringe à validade da norma jurídica. Além disso, a AED também encampa as críticas dirigidas pelo realismo jurídico à jurisprudência tradicional e ao formalismo, em uma tentativa de “desconstrução do pensamento legal clássico através do entendimento das normas como fatos” (ALVAREZ, 2006, p. 51-53), com fundamento na ideia de que o Direito encontraria sua metodologia e outras contribuições nas demais ciências sociais – particularmente na Ciência Econômica. Assim, é mediante uma proposta de estudo interdisciplinar emprestada do realismo jurídico, a qual se funda na crítica ao formalismo e à autonomia que marcavam o Direito da forma como proposta por Langdell, que se opera a superação do paradigma anterior pela AED.

Ainda assim, o realismo jurídico e a AED, conquanto partam da mesma premissa inicial, acabam por tomar cada qual o seu rumo.

a relevância do empirismo para a teoria em questão: “justamente essa valorização da ciência experimental é que vai abrir as portas para a economia, que é considerada por Posner uma ciência instrumental e empírica por excelência. A ciência econômica moderna poderia fornecer o aparato teórico necessário para a pesquisa empírica”.

O realismo jurídico, encabeçado sobretudo por Oliver Wendell Holmes, acaba por adotar premissas tipicamente positivistas, que consistem, como observam Friedrich (1965, p. 195-196) e Dimoulis (2006, p. 153), na negação da existência de elementos morais e políticos no Direito, bem como na concepção de que o Direito tem por fundamento o poder – o poder da autoridade que emana as normas jurídicas, para o positivismo; o poder do magistrado, para o realismo.

Holmes rechaçava o formalismo, de forma buscar a formulação de uma compreensão do Direito decorrente não de conceitos lógicos e formais – essencialmente metafísicos –, mas da própria experiência prática, isto é, da realidade.

É exatamente nesses aspectos que a AED se afasta, sensivelmente, do realismo jurídico – embora dele se origine –, na medida em que abandona o hermetismo jurídico e adota, principalmente a partir da obra seminal de Posner, publicada inauguralmente em 1973, fundamento diverso: não mais o poder da autoridade competente, mas a eficiência – inicialmente como maximização da riqueza, sobretudo em razão da obra “*Economic Analysis of Law*”, de Posner, publicada originalmente em 1973.

Com efeito, a Ciência Econômica passa a figurar no papel de referencial analítico para o estudo do direito, a partir de uma integração entre as Ciências Jurídica e Econômica. Assim, a interpretação e a avaliação de uma norma são realizadas desde os pressupostos da Teoria Econômica; ademais, empresta-se à norma jurídica e aos próprios indivíduos a racionalidade econômica. Com base em tudo isso, como observa Alvarez (2006, p. 53), os estudos jurídicos passam a ter foco nos problemas concernentes à eficiência econômica. De fato, o Direito passa ser permeado por elementos econômicos tais como valor, utilidade e eficiência (GALESKI JR.; RIBEIRO, 2009, p. 69).

A propósito, é precisamente ao acolher a eficiência como norte decisório que a AED procura superar o realismo jurídico, na medida em que uma das principais refutações direcionadas a esta última teoria consiste na indicação de que ela deixa de fazer uma análise crítica sobre o que os juízes deveriam decidir (DWORKIN, 2007, p. 45). A resposta que o movimento *Law and Economics* encabeçado por Posner dá a essa indagação é simples e clara: o magistrado deve tomar aquela decisão que se revelar mais eficaz. O elemento justiça passa a vincular-se, então, a uma categoria econômica: a eficiência.

Assim, é possível afiançar que a AED, de um modo geral, diz respeito às tendências “críticas do realismo jurídico norte-americano” que

se valem, em sua fundamentação, de uma óptica econômica (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 2.732).

É curioso observar, como o faz Harcourt (2014, p. 48), que o próprio Beccaria se insurgia contra premissas que futuramente serviriam de fundamento para o Realismo Jurídico norte-americano antes mesmo da existência de tal Escola do pensamento jurídico, ao arguir que nada é mais perigoso que a crença popular de que se deve consultar o espírito das leis – o pensador italiano pregava, em contrário, que o juiz fosse o mero aplicador de um silogismo entre a lei e o caso concreto – e ao antever que um juiz que se libertasse das amarras legais decidiria os casos baseado no estado de sua digestão – exatamente como, um século mais tarde, os realistas viriam a admitir que acontecesse.

Não somente da eficiência, mas também de outros elementos econômicos – sobretudo microeconômicos – o movimento *Law and Economics* se vale, seja na análise das decisões judiciais, seja na apreciação das próprias normas jurídicas. É possível citar teorias comportamentais, cálculos econométricos e a lógica de custo-benefício como outras ferramentas às quais o estudioso da AED, como se minudenciará adiante.

Em outros termos, cabe registrar que a utilização de um método interdisciplinar e a superação do formalismo, dentre outros fatores, diferenciam a AED dos paradigmas antes vigentes: o realismo jurídico, sobretudo em países de Common Law⁶, e o positivismo jurídico, mormente na Civil Law⁷.

⁶ Vale apontar, todavia, que a reviravolta teórica promovida pelo realismo jurídico foi essencial para possibilitar o surgimento dos estudos interdisciplinares da Análise Econômica do Direito. Com efeito, “esses movimentos filosóficos no âmbito do Direito permitiram certa superação do formalismo jurídico, de maneira a apontar a necessidade de se visualizar o fenômeno jurídico na sua concretude, com as consequências reais que produz. Com isso, abriu-se espaço para a interdisciplinaridade no Direito e, especialmente, para a análise propriamente econômica do fenômeno jurídico. Com a abertura multidisciplinar apontada [...], bem como devido ao aumento da complexidade dos fenômenos econômicos envolvendo questões jurídicas, especialmente com o direito regulatório criado com o New Deal nos Estados Unidos, iniciou-se, nos anos após a depressão de 1929, um intenso debate entre direito e economia” (HEINEN, 2012, p. 24).

⁷ Cabe observar que, a despeito de tudo o que aqui se narrou, “Posner rejeita que a AED seja herdeira do realismo jurídico. Diz que suas principais fontes de orientação não eram realistas: Holmes, Coase, Stigler, Becker e Director” (HEINEN, 2012, p. 41).

A partir desse substrato fático, histórico e teórico, criaram-se as condições para o surgimento e o incipiente desenvolvimento da AED. Vale analisar, assim, os primeiros passos dados por aquela teoria jurídico-econômica, de modo a identificar, desde já, a forma como foram construídos seus principais esteios teóricos.

1.1.3. OS PRIMEIROS PASSOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Efetuada esse tortuoso introito histórico – de Beccaria ao realismo jurídico –, vale narrar que, muito embora abordagens econômicas do Direito (*Law and Economics*) sejam encontradas já há algum tempo nos textos de Beccaria, Adam Smith⁸, John Stuart Mill⁹, Jeremy Bentham,

⁸ Adam Smith é apontado como um dos primeiros intercessores do movimento entre Direito e a Ciência Econômica, que mais tarde foi batizado de Análise Econômica do Direito. O autor, conforme relata Posner (1979, p. 281), abordou os efeitos econômicos da legislação mercantilista – “*laws regulating the economic system*”. Landes relata que a relação entre Direito e Economia tem sido objeto de estudo dos economistas há longa data. Pelo menos desde a análise do *Navigation Act* inglês por Adam Smith, os economistas têm utilizado as ferramentas da teoria econômica para entender e mensurar os efeitos das leis e dos arranjos legais no sistema econômico. Além disso, com o rápido crescimento dos métodos empíricos nos anos recentes, os economistas têm produzido um grande número de estudos que tentam quantificar os reais efeitos das leis (BECKER; LANDES, 1974, XIII). Também Mackaay (2000, p. 68) aponta que a Análise Econômica do Direito tem origem nos estudos de Adam Smith, apesar de fazer menção também aos trabalhos de Beccaria, Bentham e Bellamy. Por derradeiro, Sousa (1992, p. 118) afirma que “Adam Smith, o pai da economia política (1776), era sobretudo filósofo social, mas também jurista”.

⁹ É interessante observar que, segundo Posner (2009, p. 26) – que deu relevantes contribuições para a consolidação da Análise Econômica do Direito –, o liberalismo de John Stuart Mill contribuiu para o nascimento de tal compreensão do fenômeno jurídico, pois se vincula a uma das modalidades de economia normativa. O liberalismo prestigia e fomenta a liberdade pessoal e a prosperidade econômica, além de estimular a meritocracia, reduzir os conflitos ideológicos e maximizar a produção eficiente. “A justificação do liberalismo é pragmática” – tal qual o é a justificação da Análise Econômica do Direito.

Marx¹⁰, Weber¹¹, Oliver Wendell Holmes¹² e na doutrina norte-americana (SILVA, 2010, p. 468) e inglesa¹³ do início do Século XX, é com o ensaio intitulado *The Problem of Social Cost*, de autoria do economista inglês Ronald Coase, publicado em 1960, que floresce, definitivamente, a AED,

¹⁰ As relações entre Direito e Economia são tão antigas quanto a própria existência desses campos do saber. Uma das primeiras tentativas de dar um tratamento científico ao tema foi de Karl Marx, em 1859, no seu *Crítica da Economia Política* (HEINEN, 2012, p. 22). Heinen (2012, p. 22) aponta outros autores, além daqueles acima indicados, como responsáveis pela formulação de estudos que “trataram da relação entre Direito e Economia, como Rudolf Stammler, Karl Renner, Pashukanis e Max Weber. A abordagem feita por estes autores não se enquadra exatamente como precursora do que se chama hoje de Análise Econômica do Direito (daqui em diante AED), talvez porque a discussão contemporânea toma por base métodos e premissas econômicas para a análise do Direito”.

¹¹ Sousa (1992, p. 118) descreve a interação entre Direito, economia e teoria social como “uma tradição que vem de Beccaria, Marx, Weber e Pareto”. E apresenta em detalhes: “Marx começou a sua carreira intelectual pela crítica do direito, mas desembocou numa crítica da economia política e numa interpretação econômica da história que marcaram uma viragem no progresso das ciências sociais. Mesmo a sociologia não marxista de Max Weber é antes de tudo uma sociologia econômica da política e do direito. Vilfredo Pareto, depois de publicar em Lausanne (1896, 1906) a obra econômica que o celebrou, virou-se para a sociologia política (1916), e a sua teoria das elites está hoje a ser objecto de renovado interesse”.

¹² Godoy (2006, p. 94) ainda aponta Oliver Wendell Holmes, que chegou a ser magistrado da Suprema Corte norte-americana, como o “antecessor mais ilustre do movimento *law and economics*, direito e economia”.

¹³ Henry Sidgwick (1838-1900) foi um economista e filósofo do Reino Unido. Em 1874, publicou *The Methods of Ethics*. Posner (2010, p. 5) aponta Sidgwick como um predecessor da aplicação da economia ao comportamento não mercadológico, citando o estudo que o referido autor realizou sobre as externalidades, na obra *The Principles of Political Economy*. Descrição detalhada quanto à influência de Sidgwick sobre a teoria econômica do Direito é encontrada em *Sidgwick's Utilitarian Analysis of Law: A Bridge from Bentham to Becker?* (MEDEMA, 2007). Medema (2007, p. 42), chega a afirmar que Posner se equivoca ao afirmar que nenhum economista antes de Becker expandira a teoria econômica do crime incipientemente criada por Bentham; ainda segundo Medema, Sidgwick o fez, embora de forma não tão desenvolvida quanto se vê na obra de Becker. Verifica-se, portanto, que as interações entre o Direito e a Economia já eram há muito observadas. Foi somente com a Análise Econômica do Direito, porém, que a Economia passou a figurar como verdadeira lente através da qual se observa o fenômeno jurídico.

escola segundo a qual os tribunais devem ter em conta as repercussões econômicas de suas decisões, de sorte a maximizar a eficiência de tais atos.

Até então, a história da intersecção entre Direito e Economia – que, como afirma Pietropaolo (2009, p. 125), “poderia ser traçada desde o início da modernidade” – é marcada por um contexto em que a Ciência Econômica não tinha autonomia e, assim, aglutinava-se ao Direito, à política e à filosofia moral.

Com efeito, Posner (2010, p. 7) divide a AED em dois ramos: um primeiro (e quantitativamente mais relevante) é aquele concernente às leis que regulam atividades explicitamente econômicas e remonta pelos menos à obra de Adam Smith; já o segundo, relativo às atividades não mercadológicas, é mais recente e teve início com os trabalhos de Coase e Calabresi¹⁴.

Cabe, pois, traçar histórico acerca do surgimento da AED. Vale dizer que, nesse *iter* que se delinea, os acontecimentos anteriores à década de 1930, embora relevantes, são, como sugerem Galeski Jr. e Ribeiro (2009, p. 57), apenas “esboços ou [...] um prelúdio do que viria a ser chamado o *Law and Economics movement*”. Com efeito, Coelho (2007, p. 4) e Heinen (2012, p. 24) convergem no sentido de que os estudos de Direito e Economia comportam divisão temporal, com o primeiro período situado nas décadas de 1940 e 1950 e o segundo e mais relevante período iniciando na década de 1960. Adverte-se, todavia, que essa distinção temporal não implica a existência de uma ruptura; muito pelo contrário, o que se verifica é relação de desencadeamento lógico.

Nesse sentido, narram Cooter e Ulen (2012, p. 1) que, até recentemente, o Direito confinava o uso da Economia ao Direito Concorrencial, à regulação de indústrias, ao Direito Tributário e a outros tópicos como a determinação de danos monetários. No mesmo norte, Posner (2005, p. 8) explica:

Explorando o avanço da análise econômica de condutas não comerciais, a teoria jurídico-econômica estendeu-se para além de sua concentração original no Direito concorrencial, tributário, administrativo, financeiro, empresarial e

¹⁴ Quanto à incursão da AED na apreciação de comportamentos não mercadológicos, Posner (1979, p. 285) afirma que, entre as distinções que se deve realizar na AED, vale destacar aquela entre leis que regulam mercados explícitos e leis que regulam comportamentos não mercadológicos, a exemplo da divisão – a ser adiante explorada – entre a análise econômica positiva e a normativa.

de outras áreas nas quais há uma relação econômica explícita.

A partir do início dos anos 1960, essa limitada interação mudou dramaticamente, dada a expansão da análise econômica para áreas mais tradicionais do Direito, como propriedade, contratos, *torts*¹⁵, Direito Penal e Direito Constitucional (COOTER; ULEN, 2012, p. 1); assim, se, antes da década de 1960, estava confinada a áreas em que o conteúdo econômico era mais premente – como os ramos concorrencial, tributário, financeiro e econômico do direito –, a análise econômica, a partir de então, expande-se em direção a áreas em que usualmente não havia análise econômica alguma.

A respeito de outro aspecto histórico relevante, Harcourt (2011, p. 141) narra que foram as estreitas conexões entre a Escola Econômica de Chicago e a emergência da *Law and Economics* na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, estabelecidas antes mesmo da década de 1960, que possibilitaram o surgimento da AED.

Esse vínculo institucional remete a 1939, com a nomeação do primeiro professor de Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago: Henry Simmons. Seis anos mais tarde, Friederich Hayek implantou, na Faculdade de Direito, o projeto *Free Market Study*, a fim de promover empreendimentos privados e ideias de livre mercado. Um economista de Chicago, Aaron Director, foi contratado como diretor de tal projeto e, assim, nomeado para a Faculdade de Direito. Em 1958, ele fundou o *Journal of Law and Economics* (HARCOURT, 2011, p. 141), publicação veiculada até hoje, ininterrupta e quadrimestralmente (GALESKI JR.; RIBEIRO, 2009, p. 58).

Como observam Galeski Jr. e Ribeiro (2009, p. 58), Director teve como principal meta à frente da Universidade de Chicago chamar a atenção dos juristas para os benefícios da análise do Direito a partir de critérios econômicos.

Enquanto isso, em 1950, Hayek ingressara no *Committee on Social Thought*, em um período que ficou marcado por intensa colaboração entre a Escola econômica de Chicago e o crescente programa de *Law and Economics* da Faculdade de Direito. O economista Ronald Coase, egresso

¹⁵ Elucida-se que a expressão “*torts*” tem correspondência, em relação ao Direito brasileiro, com a responsabilidade civil. Como esclarece o Oxford Dictionary of Law (MARTIN, 2002, p. 500) o “*law of torts*” preocupa-se, essencialmente, com a compensação de danos pessoais e à propriedade causados pela negligência, muito embora haja a defesa de outros interesses, como a reputação, a liberdade pessoal, a posse e interesses comerciais.

da *London School of Economics* – que publicara, em 1960, o artigo “*The problem of social cost*” –, foi nomeado para a Faculdade de Direito de Chicago em 1964 e, na sequência, tornou-se coeditor do já mencionado *Journal of Law and Economics* (HARCOURT, 2011, p. 141).

Em seu estudo, Coase – que mais tarde foi professor de Posner, como relatam Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2.730) – “analisa o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da economia de bem-estar” (ALVAREZ, 2006, p. 52-53); apreciou, ainda, “o papel desempenhado pelas normas de responsabilidade civil nos casos de má-vizinhança (*nuisance*), isto é, nos conflitos que surgem quando dois proprietários de bens imóveis contíguos fazem uso incompatível dos seus bens” (KORNHAUSER, 1992, p. 44). Frise-se que antes mesmo da publicação de seu mais célebre trabalho no pórtico da década de 1960, Coase já discutira os direitos de propriedade e de organização industrial em 1937, em seu trabalho intitulado “*The Nature of the Firm*”.

A relevância do trabalho pioneiro de Coase – que Coelho (2007, p. 6) diz ser “unanimemente reconhecido como o mais importante artigo redigido até hoje sobre o tema da Análise Econômica do Direito”¹⁶ – pode ser aferida pela afirmação de Harcourt (2011, p. 121), segundo o qual “todo mundo concorda que a AED cresceu sobre os ombros do Teorema de Coase”. Esse tal teorema pode ser sintetizado no axioma segundo o qual, “quando os custos de transação estão zerados, é indiferente a adjudicação de direitos” (GONÇALVES; STELZER, 2009, p. 2.753) ao passo que, quando são altos, é adequado que o Direito defina com excelência a adjudicação das prerrogativas.

O destaque atribuído à obra de Coase para o Direito decorre principalmente do fato de que o autor afirmou haver uma “ligação necessária entre as leis naturais de mercado, leis verificadas e observadas

¹⁶ Vale dizer que, a despeito da relevância que o trabalho de Coase tem para a Análise Econômica do Direito, Posner (2005, p. 9) não o reconhece como o marco inicial daquela teoria. O jurista norte-americano afirma que “o fato de que a Economia tem uma relação com o Direito é conhecido pelo menos desde a discussão, por Hobbes, sobre a propriedade, no Século XVII. David Hume e Adam Smith discutiram as funções econômicas do Direito. A contribuição de Jeremy Bentham foi fundamental, tanto para estender o pensamento econômico às condutas não comerciais, quanto em aplicá-lo ao Direito Penal. No continente europeu, Max Weber realizou importantes contribuições para compreender o papel econômico do Direito”.

como fato social, e a influência e o papel das normas jurídicas, individual ou abstratamente consideradas, sobre os mesmos fatos sociais, ao conformar o ambiente em que ocorrem” (PIETROPAOLO, 2009, p. 150)

Já Guido Calabresi, pertencente à Universidade de Yale, também prestou relevante contribuição à AED, e, com seu artigo intitulado “*Some thoughts on risk distribution and the Law of torts*”,

demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Sua obra inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões (STAJN; ZYLBERSTAJN, 2005, p. 2).

Dito mais diretamente, é possível asseverar que Calabresi, “sob a ótica da teoria econômica, examina a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de danos” (ALVAREZ, 2006, p. 53).

Após a publicação dos trabalhos de Coase e Calabresi, como narra Kornhauser (1992, p. 44), “seriam necessários ainda dez anos para que as perspectivas abertas por estes dois estudos fossem largamente conhecidas no seio da comunidade jurídica universitária”.

De fato, em 1968, com a publicação do ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, de autoria de Gary Becker, aquela teoria jurídico-econômica adquiriu corpo sólido, na medida em que este foi o primeiro trabalho que versou acerca das relações entre Direito e Economia em um âmbito – o estudo dos crimes e das penas – em que a faceta econômica até então não se revelava tão evidente.

A relevância histórica do trabalho de Becker reside sobretudo na expansão da análise econômica, operada pelo autor, a campos até então inexplorados. É o que Posner (2005, p. 9) explica:

Até 1968, quando Gary Becker publicou um artigo sobre a análise econômica do crime e das penas, revivendo e refinando Bentham, começou a parecer que não havia campo do Direito que não se pudesse por sob a lente da economia sem resultados iluminadores. A partir de então, as décadas seguintes confirmaram as expectativas.

Ainda no processo de surgimento e consolidação da escola jurídico-econômica em estudo, há mais um marco histórico relevante: em 1973, Richard Posner, então jovem professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, publicou a primeira edição de seu tratado “*Economic Analysis of Law*”, que estabeleceu o movimento na Disciplina da Teoria do Direito; além disso, “disseminou o estudo da AED entre os estudantes e também propôs alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos” (HEINEN, 2012, p. 25). Como observa Alvarez (2006, p. 53), o livro-texto de Posner foi determinante na consolidação do movimento jurídico-econômico em questão sobretudo em razão de dois fatores:

1º por ser estudo sistemático da maioria dos setores do sistema jurídico americano, desde a perspectiva da análise econômica; 2º por conter as principais teses da tendência predominante polarizada na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico desde a perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica.

É interessante observar que Posner (2010, p. XXIII), certamente o mais célebre nome da AED, tributa a Becker, Coase, Director e Stigler a sua respeitabilidade por moldar a sua abordagem.

A partir desse incipiente surgimento da AED – sobretudo na Universidade de Chicago –, os vínculos institucionais entre as escolas de Direito e Economia continuam até o presente, com o *Posner-Becker blog* (descontinuado em 2013, após o falecimento de Becker), a realização de *workshops*, e um programa em AED na Faculdade de Direito – e agora, a propósito, em todas as grandes faculdades de Direito dos EUA (HARCOURT, 2011, p. 142).

De modo semelhante e mais sintético, Shavell (2004, p. 4) observa que, curiosamente, a despeito da relevância de Bentham para a AED, a abordagem econômica manteve-se em estado de latência até a década de 1960, quando Coase, exatamente em 1960, “escreveu um provocativo artigo sobre os incentivos na redução de danos engendrados por direitos de propriedade”; Becker, em 1968, “elaborou um influente artigo acerca dos crimes, lançado sobre termos modernos e estendendo as contribuições de Bentham”; Calabresi, em 1961, publicou uma reflexão “sobre as regras de responsabilidade e o problema dos acidentes”; e Posner, em 1973, “escreveu um compreensível livro-texto e numerosos artigos, bem como estabeleceu o *Journal of Legal Studies*, no qual estudos sobre a Análise Econômica do Direito eram regularmente publicados”.

Assim, a partir da primeira abordagem da AED lançada no início da segunda metade do século passado – sobretudo com a obra de Coase –

outros autores, como Guido Calabresi, Gary Becker, William Landes e Richard Posner, passaram a tratar de temas variados sob a ótica da Economia, generalizando-se a introdução da disciplina nos cursos jurídicos tanto da Europa (Direito e Economia) como dos Estados Unidos (Análise Econômica do Direito) (SILVA, 2010, p. 468).

É interessante observar que, na esteira da narrativa até aqui elaborada, Mackaay (2000, p. 71), em uma perspectiva temporal, divide a AED em cinco momentos: o início, a proposição do paradigma (1958-1973), a aceitação do paradigma (1973-1980), o questionamento do paradigma (1976-1983) e a reformulação do movimento (de 1983 em diante).

Outra divisão relevante, além daquela temporal, diz respeito às diferentes escolas de Direito e Economia. Com efeito, como explica Rosa (2016, p. 173-174), “o movimento da Análise Econômica do Direito é polifônico, com muitas escolas, abordagens, dissidências”.

No mesmo sentido, Galeski Jr. e Ribeiro (2009, p. 53) salientam que “a adoção de um título único para o movimento não retrata com fidelidade a realidade complexa das linhas de argumentação desenvolvidas” e alertam que a reunião das diferentes vertentes dos estudos de Direito e Economia sob uma mesma classificação se deve às similaridades em relação aos principais conceitos, a despeito de relevantes conflitos doutrinários existentes.

De fato, muito embora haja diferentes escolas de Direito e Economia –até porque se trata de um movimento eclético, que comporta diversas tradições (COELHO, 2007, p. 3) –, é possível identificar que tais vertentes comungam de algumas premissas comuns. Pinheiro e Saddi (2005, p. 88-89), por exemplo, citam três: a racionalidade maximizadora de proveitos dos agentes; a consideração de incentivos e do sistema de preços por ocasião da formulação do cálculo de custo-benefício ínsito a cada conduta; e a função das regras legais – influentes no cálculo racional – como incentivos ou óbices. Já Sztajn (2005, p. 75) cita que, a despeito dos diferentes postulados metodológicos adotados para abordar a relação entre Direito e Economia, tem-se, em comum, “a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise

econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”. Também Pietropaolo (2009, p. 152), muito embora observe não haver “na AED um único método nem um único foco”, salienta que, apesar de se tratar de “uma miríade de textos aparentemente desconexos e sem um ponto definido de saída”, há um elemento aglutinador, consistente nos métodos, conforme modelos econômicos.

Quanto às Escolas, é possível enfatizar que, no contexto dos estudos interdisciplinares entre Direito e Economia, a vertente à qual Gary Becker – o principal marco teórico deste trabalho – se filia é a Escola de Chicago; para além desta, usualmente se afirma que existem, ainda, a Escola Neoinstitucional, a das Escolhas Públicas e a dos Estudos da Crítica Jurídica (CERIOTTI, 2013, p. 58).

Alvarez (2006, p. 53), por sua vez, delinea a seguinte distinção:

O movimento não é homogêneo, ao contrário, congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada conservadora, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a liberal-reformista, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Kornhauser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Lejanovski como tendência neoinstitucionalista, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercuro e Oliver E. Williamson.

Vale ressaltar, desde já, que o presente trabalho filia-se sobretudo à Escola de Chicago, por se tratar daquela que abriga os principais estudos que escoram esta pesquisa – marcadamente aqueles desenvolvidos por Becker e Posner acerca da Teoria Econômica do Crime.

Para endossar o que se afirma, recorre-se à lição de Coelho (2007, p. 3), para quem

a maior parte dos autores não hesita em identificar a Universidade de Chicago como a legítima precursora do movimento e a Economia Microeconômica Neoclássica, conjuntamente com sua vertente welfarista de , como a teoria

econômica que verdadeiramente permeia suas conclusões.

Evidentemente, o presente trabalho também recorre à obra de outros autores e de outras Escolas; de qualquer forma, prevalece, aqui, a vertente jurídico-econômica desenvolvida sob os auspícios da Escola de Chicago.

Assim, uma vez delineado o *iter* histórico traçado pela AED e brevemente descritas as suas escolas, passa-se à exposição do atual panorama de tal teórico jurídico-econômica.

1.1.4. A CONSOLIDAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nos EUA já havia, desde a primeira metade do Século XX, estudos que relacionavam a Ciência Econômica e o Direito, sobretudo em áreas do conhecimento jurídico nas quais a faceta econômica – eminentemente macroeconômica – era mais evidente; como já se citou, é o caso, por exemplo, do Direito Concorrencial, do Direito Tributário, do Direito Financeiro e do Direito Econômico.

Assim, outrora hermético e refratário a conhecimentos produzidos por outras ciências – em um isolacionismo científico que caracterizou a maior parte das primeiras investigações econômicas e que se acentuou durante a segunda metade do Século XIX (ROSSETTI, 1990, p. 37) –, o Direito viu-se, no início do Século XX como nunca antes, invadido por demandas de conteúdo econômico, cuja plena compreensão não mais poderia se dar apenas sob uma óptica estritamente jurídica.

Nesse sentido, Kornhauser (1992, p. 43) assinala que, desde meados da década de 70, “um número crescente de investigadores nos Estados Unidos tem-se esforçado por responder”, nos mais diversos ramos do Direito, questões atinentes a “quais os princípios que dão unidade às normas jurídicas enunciadas pelos tribunais, ou como deverá um tribunal decidir em determinados casos hipotéticos”. Como sintetiza o autor, “o essencial da análise econômica do direito incidiu na determinação judicial das normas jurídicas”.

Para conceituar a teoria jurídico-econômica em estudo, vale recorrer à acepção fornecida por Galeski Jr. e Ribeiro (2009, p. 53), segundo os quais a AED consiste na “aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas”.

Também a partir destas intersecções históricas até aqui delineadas, Pacheco (1994, p. 22-23) define a AED nos seguintes termos:

A Análise Econômica do Direito se define pela aplicação da teoria econômica, mais precisamente, da teoria microeconômica de bem-estar na análise e explicação do sistema jurídico [...]. A Análise Econômica do Direito nos apresenta um novo instrumental, novas técnicas argumentativas e novas categorias que, extraídas dos desenvolvimentos da ciência econômica, apresentam-se neste movimento como pilares para construção de uma ciência jurídica a altura dos tempos. A renovação da Ciência Jurídica através da adoção da perspectiva interdisciplinar, peculiar pelo peso que tem à Ciência Econômica, a utilização de técnicas como a análise do custo e benefício na elaboração das políticas jurídicas, na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração da eficiência econômica como valor jurídico, são, entre outros, sinais evidentes dessa inovação em que a Análise Econômica do Direito apresenta a si mesma.

Como se intui de sua denominação, é exatamente a aproximação entre o Direito e a Economia – que, se não é inédita, jamais havia ocorrido com tamanha intensidade – que denota o principal marco da AED.

De fato, a partir do movimento teórico ora explorado, “as Ciências do Direito e da Economia aproximam-se para a explicação, análise e detecção da fenomenologia social” (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 79).

Paulatinamente supera-se, assim, o paradigma isolacionista em que o Direito estava imerso até a primeira metade do Século XX. Se antes a Ciência Jurídica achava-se isolada de influxos oriundos de outras ciências – como a Ciência Econômica, a Sociologia, a Teoria Política etc. –, a AED propõe exatamente o contrário: a abertura do Direito aos conhecimentos econômicos.

Dessa forma, o Direito passou a valer-se de preceitos econômicos – particularmente, aqueles ínsitos à Microeconomia (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 85). Não somente à Microeconomia, todavia, recorre o Direito sob o paradigma da AED. Com efeito, o movimento jurídico-econômico em questão vale-se de instrumentais teóricos tais como o

utilitarismo benthamiano, o pragmatismo norte-americano¹⁷ e o pensamento economicista (GONÇALVES, 1997, p. 114) como critérios objetivos e racionais para a sua plena compreensão. A objetividade e a racionalidade, efetivamente, são dois traços que a AED busca imprimir à Ciência Jurídica.

É possível afiançar, então, a fim de ilustrar a relação simbiótica entre as Ciências Jurídica e Econômica, que

o Direito disciplina e concatena a ação dos indivíduos em sociedade, visando atingir dado objetivo social e, para tanto, seu conhecimento necessita perpassar por um olhar multidisciplinar e interdisciplinar da realidade. A Ciência Econômica torna o Direito eficaz, considerando, no cálculo econométrico, variáveis de inclusão social e de eficiente tomada de decisão normativo-jurídica (GONÇALVES; STELZER; SOUZA, 2014, p. 806).

Em suma, como sintetizam Gonçalves, Stelzer e Souza, “o Direito, analisado pela Ciência Econômica, é eficiente” (2014, p. 806). Ainda vale lembrar que, para Posner, a Ciência Econômica é aquela que se ocupa das escolhas racionais. Constata-se, assim, que, ao servir-se de conceitos ínsitos àquela ciência na compreensão do fenômeno jurídico, a AED busca imprimir-lhe maior racionalidade.

De maneira geral, consoante ensina Silva (2010, p. 469), a AED propõe duas perspectivas: tentar antever os efeitos econômicos das leis e buscar os seus fundamentos de validade com base em sua eficiência econômica, bem como sugerir alterações ou aperfeiçoamentos da legislação.

É também possível assim descrever os fins almejados pela Teoria Econômica do Direito:

A Economia é uma ciência analítica por natureza e aplica-se, ao Direito, como metodologia necessária

¹⁷ O aludido pragmatismo norte-americano é representado sobretudo por Posner, o qual, por sua vez, se inspira no pragmatismo de Holmes. Como ensina Heinen (2012, p. 23), “o pragmatismo importante para o desenvolvimento da AED é o pragmatismo de Holmes. Holmes, como juiz da Suprema Corte nos EUA, mudou o paradigma de direito então dominante: de um paradigma abstrato baseado em direitos naturais pré-políticos de propriedade, assentado na proposta de Christopher Langdell e dos *Classical Legal Thinkers*, para um paradigma concreto”.

para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas, que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa progressista (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 269).

Na mesma toada, Cooter e Ulen (2012, p. 26) apregoam que outra função importante dos estudos econômicos é fornecer aos juristas um padrão normativo útil de avaliação do Direito e das políticas públicas empregadas.

Exatamente por isso, o mote da AED – a qual Geest (1996, p. 999) define como “provavelmente a mais controversa subdisciplina da ciência econômica” – consiste, em suma, na constatação de que há um modelo jurídico-econômico de comportamento. Em outras palavras, faz-se uma análise de custo-benefício que leva os sujeitos a realizar ações que maximizem (ou que minimizem de modo menos significativo) seus ganhos.

É este, pois, o *iter* percorrido pela AED desde as suas mais remotas raízes. O que se buscou – mais do que a mera apresentação de estudiosos, obras e teorias – foi a demonstração de que alguns preceitos acompanham aquela teoria jurídico-econômica desde seu mais remoto nascedouro. Citam-se, a título ilustrativo, a preocupação com a eficiência (desde sua mais rudimentar acepção) e o bem-estar social, bem como a racionalidade dos agentes, que são premissas teóricas identificáveis já nas obras de Beccaria e Bentham e que, ainda que eventualmente em estado de latência, acompanharam os estudos conjugados de Direito e Economia.

Intentou-se, ademais, descrever as condições históricas em que a AED surgiu, de modo que se pode concluir que, de certa forma, é exatamente a vigência de preceitos (pelo menos em parte) contrários àqueles adotados por aquela teoria jurídico-econômica que possibilita o seu surgimento, como se verificou em relação ao Realismo Jurídico e ao Positivismo Jurídico.

1.2. OS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Expostas as principais nuances históricas da AED – em um trajeto que vai de Beccaria a Bentham, passando pelos *founding fathers* (Coase, Calabresi, Becker e Posner), até o direito contemporâneo –, passa-se, agora, à exposição dos principais elementos teóricos sobre os quais se

escora a teoria jurídico-econômica em questão, especificamente na vertente apresentada pela Escola de Chicago.

Para tanto, versar-se-á acerca de três desses pilares: a eficiência econômica – de Pareto, de Kaldor-Hicks e a eficiência econômico-social – e a Microeconomia, com especial ênfase, em relação a esta última, para a pressuposição de racionalidade dos agentes.

Como Harcourt (2011, p. 141) discorre, o modelo de Chicago repousa sobre algumas premissas centrais simples, como a busca racional dos atores econômicos pelo seu autointeresse; a centralidade da competição na vida econômica; e a superioridade de resultados gerados pelo mercado em relação àqueles provocados pela interferência do governo nos mecanismos de mercados. Friedman, Stigler e outros economistas de Chicago basearam-se exatamente nessas premissas para evidenciar o nexo entre mercados competitivos e resultados eficientes.

O próprio Becker (1976, p. 5) afirma que a combinação dos pressupostos atinentes aos comportamentos maximizadores, equilíbrio de mercado e preferências estáveis formam o cerne da abordagem econômica.

A fim de identificar as premissas centrais da AED, também é possível recorrer à obra de Alvarez (2006, p. 55):

A análise econômica do direito: (i) proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação basta de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si; (ii) é premissa fundamental do modelo: que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas; (iii) o modelo também assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas.

Outro elemento que tem consagrada relevância para a teoria em estudo é o Teorema de Coase. Se a obra de Coase foi tornada tão célebre, boa parte disso se deve àquele teorema.

Segundo Harcourt (2011, p. 142), os juristas, na simbiose jurídico-econômica, adotaram o Teorema de Coase e derivaram, a partir daí, corolários que fundariam a sua abordagem econômica sobre o Direito. Segundo o Teorema de Coase, nas situações em que os custos de transação são baixos ou nulos, a negociação mercadológica resultará na eficiente alocação ótima de direitos e distribuição de recursos. Em tal

situação, não há necessidade de intervenção estatal, porque os indivíduos e as firmas negociarão até que o resultado eficiente seja atingido. Em segundo lugar, quando os custos de transação se fazem presentes, os economistas devem estudar, caso a caso, todas as possíveis implicações da intervenção governamental.

Assim, na mão dos “juristas-economistas”, o Teorema de Coase fez surgir dois corolários que definiriam a abordagem econômica do Direito. O primeiro é que os juízes devem tentar minimizar os custos de transação a fim de facilitar as negociações de mercado (que naturalmente conduzem a resultados eficientes). As cortes podem promover tal objetivo definindo claramente direitos contratuais e de propriedade e garantindo remédios efetivos e pouco custos para quaisquer violações àqueles direitos. Em segundo lugar, nas situações em que os custos de transação são inevitavelmente altos, as cortes devem simular, em suas determinações judiciais, os resultados eficientes provocados pelo mercado. Nas palavras de Harcourt (2011, p. 142), as cortes devem seguir o mote central da AED, segundo o qual a eficiência geralmente deve ser o primeiro critério para a avaliação de regras legais.

Se tais premissas teóricas – notoriamente a racionalidade dos agentes maximizadores e a eficiência – são relevantes para a AED em termos genéricos, são especialmente fundamentais para a Teoria Econômica do Crime, sobretudo se considerada a conformação que lhe foi dada a partir do célebre ensaio de Becker.

Previamente à exposição individualizada de cada um desses pilares, vale observar que a sua relevância decorre, em grande parte, do fato de que, conjuntamente consideradas, as premissas teóricas permitem ao estudioso da AED a formulação de modelos.

A função dos modelos para a teoria em questão é bem articulada na obra de Pietropaolo (2009, p. 119), para quem, “em razão dos modelos, ações podem ser descritas e julgadas, relativamente à sua consistência com o horizonte de compreensão econômico”; além disso, o autor afiança que “os modelos tanto direcionam a tomada de decisão por uma determinada ação, dando razões suficientes ao agente para sua prática, quanto viabilizam sua compreensão”¹⁸.

Pietropaolo (2009, p. 118) destaca, ainda, a relevância da assunção de premissas elementares, que dão base à formulação dos modelos e das conclusões daí derivadas: diz ele que, “como simplificações fundadas em

¹⁸ Antecipa-se que as funções dos modelos delineadas por Pietropaolo correspondem, respectivamente, às vertentes normativa e positiva da Análise Econômica do Direito.

uma normatividade subjacente, os modelos têm que se reportar sempre a estes elementos como contextos próprios ou limites de significação”. Essas premissas básicas são, em verdade, condição de existência dos modelos: exatamente por isso, “os modelos econômicos [...] são possíveis por suposições normativas ao sujeito racional, de forma a direcionar o agir a um fim escolhido”. Assim, no modelo econômico de comportamento, “eficiência e bem-estar são conceitos econômicos que qualificam a ação para atingir esse fim” (PIETROPAOLO, 2009, p. 113).

É possível acrescentar, ainda, que a formulação de modelos pressupõe, além da adoção de algumas premissas elementares, a eliminação de detalhes que, em um contexto amplo, são irrelevantes, de modo a permitir ao economista que se concentre nas peculiaridades essenciais da realidade econômica por ele estudada. Isso será especialmente relevante para a Teoria Econômica do Crime, que adota alguns pressupostos elementares – como a racionalidade dos agentes maximizadores de sua riqueza – e elimina minúcias que, conquanto possam relevantes no caso específico, são irrelevantes no contexto amplo.

A AED, particularmente, formula “modelos econômicos estruturados normativamente sobre pressupostos normativos clássicos”, utilizados “de modo a concluir sobre a conveniência ou inconveniência da norma e da própria ação”¹⁹ (PIETROPAOLO, 2009, p. 99).

Também bastante relevante para a AED, para além daquelas premissas teóricas já identificadas e da formulação de modelos econômicos, é o paralelo que se faz entre o ordenamento jurídico e o mercado: concebe-se que o “mercado” jurídico emula o mercado econômico. Assim, a todo tempo os teóricos do movimento jurídico-econômico em questão reconduzem os estudos jurídicos ao mercado econômico; há, portanto, “mercados” de crimes, de responsabilidade civil (*torts*), de casamentos e de um número inimaginável de outros elementos jurídicos.

Muito embora esse paralelo mercadológico seja fundamental para a teoria jurídico-econômica em estudo, a AED contemporânea não foi a precursora na formulação desse cotejo entre o mundo jurídico e o mercado econômico. O utilitarismo – semente filosófica da AED – já defendia esquemas de mercado por acreditar que se trata da “forma mais eficiente de alcançar o máximo de satisfações individuais, patrocinando o máximo bem-estar ou a máxima satisfação” (PIETROPAOLO, 2009, p. 187).

¹⁹ Uma vez mais, há referência, aqui, à vertente normativa da Análise Econômica do Direito.

Assim, a partir de desenvolvimentos teóricos, essa crença na eficiência do mercado foi apropriada sobretudo pelos juristas da Escola de Chicago de Direito e Economia.

Com efeito, como explica Foucault (2008, p. 329, 334 e 439), os teóricos da AED utilizam “a economia de mercado e as análises econômicas para decifrar as relações não-mercantis para decifrar fenômenos que não são fenômenos estrita e propriamente econômicos, mas são o que se chama [...] de fenômenos sociais”. E o pensador francês arremata com a afirmação segundo a qual a AED

procura [...] ampliar a racionalidade do mercado, os esquemas de análise que ela propõe e os critérios de decisão que sugere a campos não exclusivamente ou não primordialmente econômicos. É o caso da família e da natalidade; é o caso da delinquência e da política penal²⁰.

Essa transposição da racionalidade mercadológica para o âmago do Direito desmistifica equívocos concernentes à Ciência Econômica. Com efeito, segundo Posner (2005, p. 10), aqueles que não são economistas tendem a associar aquela Ciência com dinheiro, capitalismo, egoísmo, uma concepção minimizadora e irreal da motivação e do comportamento humano, um formidável aparato matemático e uma fixação por conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras. Não obstante, continua o autor, nenhuma dessas constitui a essência da Economia; a essência é extremamente simples, ainda que essa simplicidade seja enganosa. Posner (2010, p. XII) repete esse alerta quanto aos equívocos direcionados à Economia em outra obra, em termos semelhantes:

Esse movimento pode facilmente ser entendido de maneira equivocada dada a ideia convencional de que a ciência econômica se aplica tão somente ao estudo de fenômenos explicitamente econômicos, como a inflação, o desemprego, a produtividade e a compra e venda de produtos e serviços. Porém, desde a publicação das obras de Jeremy Bentham,

²⁰ Foucault refere-se, aqui, a escritos de autoria de Becker que abordavam, para além das matérias atinentes ao crime e às punições [o célebre ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*” (1974)], estudos econômicos atinentes à fertilidade (“*An economic analysis of fertility*”, publicado em 1960) e às famílias (“*A theory of marriage: part I*”, de 1973, e “*An economic analysis of marital instability*”, de 1977).

no século XVIII, existe uma corrente da ciência econômica que concebe a economia não como o estudo de fenômenos “econômicos” particulares, mas como a teoria das escolhas racionais – de como os seres moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária.

É revelador observar que Posner identifica Bentham como o responsável por estender a racionalidade econômica de modo a atingir o Direito; de fato, muito embora já se verificassem imbricações entre Direito e Economia desde as obras de Adam Smith e Beccaria, foi aquele filósofo utilitário que cunhou diversas regras jurídicas com fundamento econômico.

A propósito, essa transposição, segundo o próprio Posner (2005, p. 12), é consideravelmente útil para o Direito: segundo o jurista norte-americano, “as práticas, as instituições e as leis que em conjunto não estão relacionadas entre si, quando vistas através da lente ortodoxa da análise legal, implicam um tema econômico idêntico”. E o autor arremata: “a Economia revela que o Direito tem uma estrutura profunda e de coerência significativa”²¹.

Recorrer às lições de Posner torna oportuno revelar que a teoria desse ilustre jurista adota como fundamentos, sob um prisma político-econômico, os princípios do liberalismo econômico e a justificação da prática do regime do *laissez-faire* correspondente (MACHADO FILHO, 2002, p. 89); noutro norte, também é possível afiançar que Posner se vale “de três chaves para compreender as questões de teoria do direito: a economia, o pragmatismo e o liberalismo” (HEINEN, 2012, p. 41).

Embora constituam pilares da AED de um modo geral, os elementos atinentes à Microeconomia – especificamente no que toca à racionalidade dos agentes – e à eficiência são particularmente relevantes para a Teoria Econômica do Crime, motivo pelo qual recebem, no presente trabalho, especial ênfase. É fundamental, ademais, explanar as duas vertentes usualmente adotadas pela AED.

1.2.1. EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Um dos pilares econômicos sobre os quais se sustenta a AED diz respeito à eficiência, que constitui um elemento central – verdadeira “lente” de análise – daquela teoria jurídico-econômica. Com efeito, o

²¹ Aqui, por outro lado, Posner faz menção à vertente positiva da Análise Econômica do Direito, que é aquela majoritariamente adotada em seu trabalho.

recurso da AED à eficiência constitui um dos mais marcantes traços desse movimento, sobretudo no que toca àqueles estudos desenvolvidos pelos autores filiados à Escola de Chicago.

A eficiência assumiu posição central no Direito – e, conseqüentemente, na AED – a partir do momento em que Posner defendeu, já em sua obra inaugural acerca de Direito e Economia, publicada em 1973, que a eficiência deveria substituir o conceito de justiça.

Como afirmou Posner (2010, p. 8) na obra “Economia da Justiça” – devotada, em boa parte, à abordagem da eficiência econômica – “a partir da análise de uma miríade de doutrinas jurídicas, muitos economistas, bem como juristas inclinados ao pensamento econômico, constataram que o direito obedece misteriosamente às leis da economia”.

Nesse contexto, a principal – senão única – função do jurista, conforme narra Coelho (2007, p. 7-8), “deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente”.

Como explicam Cooter e Ulen (2012, p. 5), juízes e outros operadores jurídicos – inclusive legisladores²² – necessitam de um método para avaliar o impacto das leis em importantes valores sociais, e a Ciência Econômica, conjugada ao Direito, provê tal método através da eficiência. Com efeito,

o Direito disciplina e concatena a ação dos indivíduos em sociedade, visando atingir dado objetivo social e, para tanto, seu conhecimento necessita perpassar por um olhar multidisciplinar e interdisciplinar da realidade. A Ciência Econômica torna o Direito eficaz, considerando, no cálculo econométrico, variáveis de inclusão social e de eficiência tomada de decisão normativo-jurídica (GONÇALVES; STELZER; SOUZA, 2014, p. 806).

²² Essa inserção da AED no processo legislativo corresponde, em boa medida, à vertente normativa daquele movimento, que será abordada. De qualquer forma, antecipa-se, com menção à obra de Posner (2005, p. 8); diz o jurista que a AED, em seu modo descritivo, busca identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas do câmbio legal. E em seu aspecto normativo, aquela teoria jurídico-econômica assessora os juízes e outros criadores de políticas públicas a respeito dos métodos mais eficientes de regular as condutas através do Direito.

Se, como afirma Becker, “Economia é muito sobre eficiência” (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 12), também a AED o é. Com efeito, desde o início da abordagem econômica do Direito havia preocupação com a maximização de bem-estar social, que já era central no trabalho de Beccaria.

A propósito, vale apontar, desde já, a equivalência entre eficiência e maximização do bem-estar econômico (POSNER, 2010, p. 9), que são os valores preponderantes na intersecção do Direito e da Economia e que remetem aos postulados clássicos da economia liberal (PIETROPAOLO, 2009, p. 155-156). Assim, a remissão a uma categoria ou à outra é indiferente: são, de fato, duas denominações dadas ao mesmo elemento econômico.

Sob a perspectiva dos custos sociais e do bem-estar social, a AED, especialmente através da eficiência, consiste em uma grade econômica de análise crítica da ação governamental, a qual deve, segundo os estudiosos daquela teoria jurídico-econômica, visar exatamente à redução dos custos sociais; demanda-se, assim, uma frugalidade dos governos, o que conduz, naturalmente, a postura eminentemente liberal.

Foucault (2008, p. 337) endossa o que se afirmou:

A segunda utilização interessantes dessas análises dos neoliberais é que a grade econômica vai permitir, deve permitir testar a ação governamental, aferir sua validade, deve permitir objetar à atividade do poder público seus abusos, seus excessos, suas inutilidades, seus gastos pletóricos.

De modo a evidenciar a relação entre o utilitarismo e a eficiência (ou a maximização do bem-estar), Pietropaolo (2009, p. 116) alude à “normatividade do bem-estar”, que consiste, segundo o autor, na “diretriz econômica que proporciona a maior agregação possível de utilidade”.

O próprio Posner (2010, p. XIV-XV) afirma: dá-se o “nome de ‘maximização da riqueza’ à doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial”. O mencionado jurista alerta, na sequência, que “esse termo pode facilmente ser entendido, de modo equivocado, como um simples critério financeiro”, mas, de qualquer forma, vaticina que “os economistas dispõem de técnicas para pecuniarizar os custos e benefícios não pecuniários”. E prossegue:

A essência dessa abordagem [da maximização da riqueza] está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam

levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados – apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro (POSNER, 2010, p. XIV).

Assim, verifica-se que, conquanto esteja marcadamente imbuída de conteúdo financeiro, a eficiência econômica não se restringe a tal faceta monetária.

Posner (2010, p. XIV), certamente o grande expoente da AED e, particularmente, da utilização da eficiência como “lente” de análise jurídico-econômica, recomenda o recurso a esse elemento pelos juízes em seu âmbito de discricionariedade:

A novidade do movimento “Direito e Economia” está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar suas decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social.

A propósito, recorda-se que, no âmbito geral da AED, a Escola de Chicago é notória por sua ênfase quanto à eficiência – particularmente, como explicam Foucault (2008 p. 439) e Harcourt (2011, p. 141), em perspectiva vinculada aos mercados. O próprio teoria do *enforcement* ótimo baseia-se, como explica Garoupa (1997, p. 287), num conceito particular de justiça: justiça como eficiência. E uma vez que se abordou a equivalência entre eficiência econômica e maximização do bem-estar, cabe observar que muitos dos modelos de *enforcement* ótimo das leis focam exatamente na maximização do bem-estar social como objetivo para as políticas públicas.

Além de a eficiência ter vínculo íntimo com a Escola de Chicago, aquele elemento econômico também tem profunda relação com a *Common Law*. É essa, pelo menos, a principal concepção e a mais simbólica proposta de Posner.

Com efeito, o mencionado jurista argumenta que “a melhor maneira de explicar o *common law* é entendendo os juízes como maximizadores do bem-estar econômico” (POSNER, 2010, p. 7 e 10). Posner ainda acrescenta que a eficiência, da forma como ele a define, “caracteriza-se como um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes, ao menos no que se refere à prestação da tutela jurisdicional no âmbito do sistema do *common law*”.

A partir dessa proposta de Posner, como também de outros destacados estudiosos da AED (a exemplo de Shavell), Pietropaolo (2009, p. 134) observa que, a despeito da globalidade que hoje caracteriza aquela teoria jurídico-econômica – que, sobretudo a partir da década de 1980, transcendeu as fronteiras da *Common Law* –, a eficiência econômica da *Common Law* persiste como a referência fundamental da AED.

Vale, então, apresentar a acepção de eficiência, a qual, desde que tal elemento econômico recebeu especial ênfase em meio à AED, tem sido alvo de discussão por juristas e economistas.

O conceito de que se vale a AED é, na linha daquilo que se propugna na Ciência Econômica, de caráter marcadamente neoclássico. É o que explica Coelho (2007, p. 11), para quem “o conceito neoclássico de eficiência surge como decorrência lógica dos postulados do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora”.

Além disso, vale ressaltar que a eficiência é, essencialmente, um critério comparativo: como explica Pietropaolo (2009, p. 113), cotejam-se diferentes situações econômicas com vistas ao melhor resultado possível para as alocações de recursos.

A formulação das noções mais modernas de eficiência surgiu da necessidade de superar limitações ínsitas ao utilitarismo e ao princípio da utilidade decorrente da mencionada vertente teórica.

O utilitarismo, como observa Alvarez (2006, p. 63), vale-se de uma ética teleológica, que tem em vistas a lógica dos resultados, da qual decorriam alguns problemas tais como a falta de proteção das minorias e a justificação inclusive da escravidão, se com tais medidas fosse alcançada a maior felicidade²³.

Com efeito, Harcourt (2011, p. 140) afirma que as versões pioneiras do conceito de maximização do bem-estar agregaram o bem-estar individual sem, contudo, levar em consideração os indivíduos cujo bem-estar poderia ser diminuído. Isso se aplica, até certo ponto, a Bentham, segundo o qual uma ação conforme o princípio da utilidade tende mais ao aumento da felicidade da comunidade que à sua diminuição. Diante disso, recorre-se novamente a Harcourt (2011, p. 140) para observar que o interesse da comunidade, nessa formulação utilitarista herdada de Bentham, representa a soma dos interesses dos indivíduos, mas o aumento da utilidade total da comunidade ainda pode significar que alguns indivíduos terminem em situação pior. Assim, o princípio da utilidade – que Bentham também denominava como

²³ Hart (1982) e Posner (2010) indicam medidas semelhantes defendidas por Bentham, tais como a remoção de mendigos sob pretextos higienistas.

“princípio da maior felicidade” – poderia permitir um decréscimo na utilidade para alguns indivíduos.

A propósito, antecipa-se que o célebre ensaio de Becker é uma modernização do trabalho de Bentham na medida em que, inicialmente, como todos os economistas, rejeita a utilização das categorias “prazer” ou “felicidade” – imensuráveis – e as substitui pela satisfação das preferências – esse, sim, um critério mensurável. Também representa uma modernização ao utilizar ferramentas neoclássicas formais. Nesse sentido, como explica Harel (2014, p. 299), a utilidade pode consistir em qualquer coisa, desde ganhos monetários até o prazer sádico ou a satisfação sexual.

Diante das limitações dessa noção coletiva de bem-estar ínsita ao utilitarismo, surgem, no Século XX, noções mais contemporâneas de eficiência, as quais são utilizadas, atualmente, em vez da primária e mais fraca noção de maximização de bem-estar.

Pois bem. A compreensão contemporânea da eficiência econômica pode se dar a partir de autores diversos: faz-se referência, aqui, às obras de Vilfredo Pareto (2014), Kaldor (1939), Hicks (1939), e Gonçalves (GONÇALVES; STELZER, 2014), até porque, “como um resultado do trabalho de economistas como Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor e John Hicks, o campo da análise de bem-estar desenvolveu uma definição mais viável de eficiência” (HARCOURT, 2011, p. 139); por outro lado, a concepção de Gonçalves é relevante por permitir o diálogo da AED com as particularidades da tradição de *Civil Law*, particularmente em relação ao Direito brasileiro.

Em termos gerais, segundo Stephen (1993, p. 40), a eficiência consiste em fazer o “melhor com a menor quantidade de recursos disponíveis, reduzindo o desperdício e os custos, e buscando beneficiar os indivíduos”.

Para Pareto, a eficiência – também conhecida como eficiência alocativa ou critério de Pareto, em razão de seu proponente –, prega que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco em favor daqueles indivíduos que mais os valorizam, pois “uma distribuição dos recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada” (STEPHEN, 1993, p. 41). Deste modo, haveria eficiência, de acordo com Pareto, quando uma transação melhorasse a situação de uma pessoa, sem que a de outra pessoa fosse piorada. Como explicam Cooter e Ulen (2012, p. 14), a eficiência de Pareto diz respeito à satisfação das preferências individuais. Uma situação é Pareto-eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível

modificá-la para melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem.

Vale observar que o Ótimo de Pareto, a despeito de constituir um critério para a aferição da eficiência social, foi equiparado, pela doutrina econômica, a um conceito de justiça, com fundamento na crença na moralidade dos mercados – os quais, em condições naturais, são competitivos e, portanto, eficientes.

Apontou-se, todavia, que o critério de Pareto é maculado por certas limitações. Com remissão à obra de Blancafort (1987, p. 273), citam-se, mormente, três fundamentos das críticas dirigidas àquela noção de eficiência: o fato de que cada indivíduo do “tecido social” teria o direito de veto às decisões coletivas; a ausência de questionamento quanto ao ponto de partida e a consequente manutenção do *status quo*; bem como a escassa sensibilidade aos problemas de justiça distributiva. Há, assim, um paradoxo: o critério de Pareto, conquanto individualista – em oposição ao bem-estar utilitarista, notoriamente coletivista –, demanda unanimidade na formulação de decisões de implicações sociais.

Assim, insatisfeitos com o critério de Pareto, economistas criaram a noção de potencial de melhora de Pareto (também denominado eficiência de Kaldor-Hicks), que revela uma tentativa de superar a restrição daquele primeiro critério, segundo o qual as mudanças somente seriam recomendáveis se a situação de uma pessoa melhorasse e a das demais não piorasse; o critério de Kaldor-Hicks requer que os ganhadores explicitamente compensem os perdedores em qualquer mudança (COOTER; ULEN, 2012, p. 42). É interessante observar que, conquanto a eficiência de Kaldor-Hicks seja, de certa forma, uma evolução da eficiência de Pareto, os economistas Kaldor e Hicks foram exatamente dois dos responsáveis pela propagação das ideias de Pareto.

Em contraste com a eficiência alocativa, uma melhora potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, contanto que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores percam. Se tal condição está satisfeita, os ganhadores podem, em princípio, compensar os perdedores e ainda ter algo restante para si. Para uma melhora potencial de Pareto, a compensação não necessita de fato ser realizada, mas deve ser possível fazê-la. Em essência, trata-se da técnica da análise de custo-benefício (COOTER; ULEN, 2012, p. 42).

Assim, para os autores Kaldor e Hicks, eficiência corresponde a uma situação em que os ganhadores possam compensar os perdedores. Segundo Sztajn (2005, p. 76), o modelo de eficiência em Kaldor-Hicks prega que as leis escritas devem ser utilizadas para causar o máximo de bem-estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que

os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns – uma aceção que remete ao utilitarismo herdado de Beccaria e Bentham.

Tem-se a eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, quando o produto dos ganhadores excede os prejuízos dos perdedores, de forma a aumentar o excedente total, uma vez que haverá um ganho real no bem-estar da sociedade nas situações em que a redistribuição da riqueza faça com que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original. Em suma, para a eficiência de Kaldor-Hicks, “serão eficientes as situações em que a piora de um aspecto seja compensada pela melhora patrocinada para outros” (PIETROPAOLO, 2009, p. 115).

Harcourt (2011, p. 140) resume da seguinte forma os conceitos de Pareto e Kaldor-Hicks; são, segundo, ele,

definições mais refinadas de “eficiência”. A primeira, associada a Pareto, sustenta que uma melhora no bem-estar coletivo requer que nenhum indivíduo fique em situação pior. Em outras palavras, uma melhora de Pareto é possível se algumas pessoas tiverem suas situações melhoradas, e nenhuma pessoa tiver sua situação piorada. Essa aceção dá azo à noção de um resultado Pareto eficiente (um ótimo de Pareto), que é aquele em que nenhuma melhora de Pareto pode ser efetuada. Esse conceito também deu origem a outra noção de eficiência, o resultado Kaldor-Hicks eficiente, em que a pessoas que melhorarem a sua situação por conta de uma melhora de Pareto poderiam, hipoteticamente, compensar aqueles que tiveram sua situação piorada, de modo que um resultado Pareto eficiente seria alcançado pelo menos em teoria.

Assim, como afiança Harcourt (2011, p. 140), tornou-se mais fácil, após os refinamentos de Pareto e Kaldor-Hicks, argumentar que resultados eficientes são, na verdade, neutros, objetivos ou não normativos, uma vez que ninguém pode se opor a uma melhora de Pareto na distribuição dos recursos.

Com fundamento nisso, a AED propugna, dentre várias outras medidas, a inserção da eficiência como vetor interpretativo. Cuida-se da aceção de que, conquanto uma decisão eficiente possa não ser justa, toda decisão ineficiente será injusta.

A eficiência, vale aclarar, não é apenas um vetor hermenêutico. Pelo contrário, também se deve tê-la em vista no momento da elaboração das normas, a fim de que o Direito cumpra o fim a que destina: a obtenção da paz social mediante o regramento de condutas.

Também de modo a enfatizar a sua utilidade na elaboração de normas, discorrem Gonçalves, Stelzer e Souza (2014, p. 809):

A Economia é uma ciência analítica por natureza e aplica-se, ao Direito, como metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas, que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa progressista.

De qualquer forma, embora haja significativas distinções metodológicas entre as Ciências Econômica e Jurídica – na forma do que se salientou na transcrição doutrinária supra –, a AED busca compatibilizá-las.

Gonçalves e Stelzer (2012, p. 78) enfatizam as distinções havidas entre Direito e Economia:

O Direito é Ciência Social aplicada que se ocupa em dirimir os conflitos, disciplinar as vivências e resgatar os ditames de justiça entre os jurisdicionados mediante a aplicação de princípios, normas ou regras, segundo as tradições da *Common Law* ou da *Civil Law* e critério de justiça previamente definido e adotado. A sua vez, a Ciência Econômica se ocupa da explicação e disciplina dos fenômenos da produção, da repartição, da circulação e do consumo da riqueza em dada economia. Enquanto o Direito almeja justiça, seja distributiva ou retributivo-compensatória, a Economia visa à eficiência na alocação dos escassos recursos. O Direito repara o *status quo* e a Economia, descritiva ou positiva, volta-se, propositiva, para o futuro.

Na sequência, todavia, os mesmos autores elucidam que, segundo a proposta da AED, “as Ciências do Direito e da Economia aproximam-se para a explicação, análise e detecção da fenomenologia social” (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 79).

Da mesma forma, também Souza (2003, p. 89) delinea diferenças entre o Direito e a Economia, mas logo sinaliza a possibilidade de integrá-las:

A Economia toma o “fato” social na base hedônica do “custo-benefício”, induzindo para chegar às regras de sua “explicação”. Na vertente matemática, usa a “dedução” para o “cálculo econômico”. O direito busca condicionar o mesmo “fato social” aos “valores éticos” da Justiça. As diferentes posições, tanto conceituais como ideológicas, entretanto, não excluem a diretiva fundamental da coincidência de objetivos finais a que são conduzidas pelos respectivos métodos. O “custo-benefício” passa a ter implicações com o “justo”.

Assim, em meio a possíveis dissidências entre as Ciências Jurídica e Econômica, a concepção da eficiência como fundamento do Direito deve ser observada com ressalvas.

Por fim, vale apontar que a questão atinente à adoção da eficiência como norte interpretativo tem sido refinada em escritos mais recentes. O caso mais ilustrativo é o do Professor Everton das Neves Gonçalves, que cunhou o Princípio da Eficiência-Econômico Social, o qual tem sido abordado em diversos dos seus mais recentes artigos (1997; 2014) e será articulado, mais adiante, com os conceitos ínsitos à Teoria Econômica do Crime.

O próprio Posner (2009, p. 24), registra-se, afiança que a eficiência não tem prioridade sobre a liberdade. De modo mais elaborado, e com alusão ao Brasil – realizada no prefácio à edição brasileira da sua obra “Economia da Justiça” (2010) – o jurista norte-americano salienta que, conquanto seja um exagero “dizer que a economia é a própria essência vital do direito, mesmo no *common law* anglo-americano”, essa hipérbole é “um exagero sugestivo, que aponta para uma afinidade profunda, embora incompleta, entre o processo legal e a teoria das escolhas racionais”. E arremata que, “especialmente numa sociedade comercial (como é o Brasil de hoje), é inevitável que os valores comerciais, tais como a eficiência econômica, venham a influenciar as autoridades que determinam os rumos políticos do país” (POSNER, 2010, p. XVII).

Pareto (2014, p. 10) – cujo conceito de eficiência foi fundamental para o desenvolvimento da Ciência Econômica e, particularmente, da AED – tece considerações em sentido semelhante, a indicar que é equivocado levar em consideração apenas os efeitos econômicos das

ações, desconsiderando as decorrências políticas e sociais desses mesmos atos.

Nesse contexto, Posner (2009, p. 22) admite que algumas questões do Direito não são facilmente traduzíveis em termos econômicos e cita como exemplos os casos de regulamentação da sexualidade, como aborto e homossexualidade.

Isto é: embora não seja o único elemento relevante para o Direito, a eficiência econômica tem uma função central; deve, de qualquer forma, respeitar certas balizas jurídicas.

A observância de ressalvas e a imposição de limites à eficiência econômica serão particularmente relevantes para a Teoria Econômica do Crime, especialmente perante o conceito positivo de crime adotado por Becker e a aceitação normativa de crime que se busca identificar mediante a presente pesquisa.

Se a eficiência é relevante para a AED em geral, como também para a própria Teoria Econômica do Crime, os preceitos microeconômicos de que se vale aquele movimento igualmente o são, na medida em que é exatamente sobre a Microeconomia que se sustenta a AED.

1.2.2. MICROECONOMIA

A afirmação de que o Direito se serve, sob o paradigma da AED, de preceitos econômicos, tem por base, em geral, o recurso daquele movimento à Microeconomia – ramo da Teoria Econômica.

Como asseveram Gonçalves e Stelzer (2012, p. 82), “*a priori*, pode-se afirmar que, a *LaE* identifica-se, muito proximamente, com o conhecimento abordado pela Teoria Microeconômica aplicada aos diversos ramos do Direito”; em outro escrito, já realizando distinção entre as duas abordagens que norteiam a teoria em questão, os mesmos autores observam que a AED é “voltada para a análise microeconômica da ação dos sujeitos de direito, seja em caráter normativo, quando da elaboração da norma ou positivo, quando da verificação de sua aplicação no meio social”; é, ainda, “paulatinamente construída a partir de visão progressista, não preconceituosa e interdisciplinar” (GONÇALVES, STELZER, 2009, p. 2.729-2.730).

O próprio pragmatismo filosófico cotidiano cunhado por Posner – a sua teoria jusfilosófica normativa em meio à análise econômica majoritariamente positiva por ele empreendida – é de caráter eminentemente microeconômico; é, como assevera Carter (1992, p. 181) uma teoria “microeconômica moderna” de cunho normativo.

Assim, recorre-se a afirmação de Posner (2005, p. 7) para evidenciar a utilização, pela AED, da Microeconomia: diz o jurista norte-americano que “o rápido crescimento, nas últimas décadas, do alcance e rigor da Microeconomia motivou o surgimento e o contínuo crescimento de um subcampo importante e concreto da teoria jurídica: a Análise Econômica do Direito”. Verifica-se, pois, que a Microeconomia, mais que um dos fundamentos da teoria jurídico-econômico em estudo, constitui a força motriz que impulsionou o crescimento daquele movimento.

As lições de Coelho (2007, p. 13) vão no mesmo sentido. Diz o autor que “a Microeconomia neoclássica é, dentre todas as outras teorias econômicas, aquela que verdadeiramente reflete o núcleo da Análise Econômica do Direito” e, além disso, conjectura que “a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito parece continuar a caminhar e a amadurecer no sentido da Microeconomia neoclássica”.

É evidente, pois, a relevância da Microeconomia para a AED.

Também para Cooter e Ulen (2012, p. 11) a AED é fundada em princípios da teoria microeconômica, a qual diz respeito à tomada de decisões pelos indivíduos e por pequenos grupos, como famílias, clubes, empresas e agências governamentais; é, portanto, o estudo de como recursos escassos são alocados entre fins conflitantes.

A obtenção de outro conceito de Microeconomia pode ser obtida com recurso à obra de Kornhauser (1992, p. 43), que lança o seguinte conceito:

A análise económica do direito, tal como é concebida actualmente, aplica a teoria microeconómica neoclássica à análise dos sistemas jurídicos anglo-americanos. A teoria microeconómica estuda o comportamento de cada um dos agentes económicos. [...] A Microeconomia neoclássica parte do pressuposto de que os indivíduos agem sempre no seu próprio interesse, de maneira imutável e fixa. O indivíduo é, pois, completamente racional, sabe exactamente o que procura e realiza de modo preciso todos os cálculos complexos necessários para identificar o curso óptimo da sua conduta.

Já para confrontar os conceitos de micro e macroeconomia²⁴, vale a alusão à obra de Rossetti (1990, p. 71), que elucida que esta última

²⁴ Quanto à Macroeconomia, Cabanellas (2006, p. 30-37) afiança que, “embora todo o instrumental da ciência econômica esteja à disposição dos doutrinadores

“cuida do desempenho das economias nacionais e das políticas que os governos usam para tentar melhorar o desenvolvimento”, concentrando-se no estudo “agregativo da atividade econômica, magnitudes globais, com vistas à determinação das condições gerais de crescimento”; ao passo que a Microeconomia (ou teoria dos preços) examina as escolhas individuais e o comportamento de grupo em mercados individuais sob condições de escassez e suas implicações para o comportamento de preços, ou seja, preocupa-se com o comportamento dos consumidores e produtores, com vistas à compreensão do funcionamento geral do sistema econômico e, “por isso, também é conhecida como teoria dos preços uma vez que é através do sistema de preços que as ações dos produtores e consumidores podem ser articuladas” (1990, p. 51-52).

Assim, exatamente em razão da adoção de fundamentos microeconômicos, é possível afirmar que AED encontrou um nicho intelectual e passou a prover uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais no comportamento dos indivíduos. Para os economistas, as sanções são como preços e, presumivelmente, os indivíduos respondem às sanções como o fazem em relação aos preços: sob essa perspectiva, assume-se que os agentes reagem a preços altos consumindo menos daquele bem mais caro e, portanto, respondem a sanções legais mais severas perpetrando menos a atividade sancionada. Como observam Cooter e Ulen (2012, p. 2-3), os economistas valem-se, assim, de teorias matematicamente precisas (teorias dos preços e teoria dos jogos) e de métodos empíricos (estatísticas e econometria²⁵) para analisar os efeitos dos preços implícitos que o Direito vincula às condutas. De fato, a Ciência Econômica geralmente prevê uma teoria

da Análise Econômica do Direito, geralmente não se tem por hábito observar as repercussões macroeconômicas dos fatos jurídicos”. Observação semelhante é elaborada, criticamente, por Heinen (2013), em seu artigo “Reflexões Pós-Assombro: efeitos da crise financeira sobre Richard Posner e os limites de sua posição keynesiana”, no qual a autora sugere a necessidade de recurso da AED à Macroeconomia.

²⁵ Segundo o *Novíssimo Dicionário de Economia*, a Econometria é o “ramo da economia que cuida do estabelecimento de leis quantitativas para os fenômenos econômicos. Partindo da teoria econômica geral, analisa os dados fornecidos pela estatística, mediante a aplicação de métodos matemáticos. Com isso, prepara o quadro de variáveis concretas que poderá servir de base a uma programação econômica. Um dos aspectos inovadores da econometria foi a possibilidade de exprimir, em linguagem matemática, as leis econômicas, anteriormente formuladas de forma literária, o que dificultava sua comprovação empírica” (SANDRONI, 1999, p. 189).

comportamental para prever a forma como as pessoas respondem às leis, a qual supera a intuição assim como a ciência supera o senso comum. A reação dos indivíduos, sob essa perspectiva, é sempre relevante para fazer, revisar, rechaçar e interpretar as leis.

Essa previsibilidade do comportamento humano – o que se observa não em análise individual, mas em apreciação geral – é o próprio elemento que possibilita a Microeconomia (a qual, por isso mesmo, também é identificada como teoria geral do consumidor ou teoria dos preços), a qual, como define Vecchio Jr. (2012, p. 18), se apresenta como um modelo ideal para a compreensão dos fenômenos econômicos”.

O que se constata, assim, é um diálogo funcional entre os principais pressupostos teóricos da AED: a assunção quanto à racionalidade dos agentes, a Microeconomia e a eficiência têm influxos recíprocos, de sorte que cada um desses elementos influencia nos demais.

Essa conjugação dos três elementos econômicos citados fica evidente, por exemplo, no seguinte excerto da obra de Pietropaolo (2009, p. 170): “modelos microeconômicos pressupõem a racionalidade individual do agente autointeressado, em termos de consequências de suas ações sobre o seu próprio bem-estar que repercute sobre o coletivo”. Em poucas palavras, o autor faz remissão à Microeconomia, à racionalidade dos agentes e à eficiência (mediante a menção ao bem-estar).

Há, portanto, marcante integração dos pressupostos teóricos da AED, os quais, repete-se, dialogam de modo a constituir um todo teórico íntegro e que de fato represente uma lente de análise dos fenômenos jurídicos.

A partir desse substrato teórico, formulam-se modelos abstratos aplicáveis à realidade jurídica. Nesse contexto, remete-se novamente à obra de Pietropaolo (2009, p. 167), o qual, com esteio em Becker, evidencia a possibilidade de aplicação dos modelos econômicos a todos os ramos do Direito:

É evidente que a razão calculativa da Microeconomia, como defendeu Gary Becker, forneceria uma fórmula descritiva implacavelmente precisa, em qualquer situação. As novas proposições do Law and Economics sobre a prioridade da propriedade tornaram possível a expansão da aplicabilidade dos modelos econômicos a todos os direitos.

Observa-se, como já se introduziu, que esses modelos econômicos – eminentemente microeconômicos – de que se vale a AED são elaborados de forma genérica, alheia às particularidades de cada caso. Com efeito, muito embora as peculiaridades distintivas possam ser relevantes nas hipóteses individuais, essas minúcias são – propositalmente – ignoradas por ocasião da formulação dos modelos. Assim, somente são levados em consideração fatores essenciais e generalizáveis.

É interessante observar, ainda, para além da influência da Microeconomia na formulação dos modelos de que se serve a AED, que o recurso de tal movimento jurídico-econômico à Microeconomia tem origens remotas, que reconduzem ao utilitarismo, na medida em que, como afiança Pietropaolo (2009, p. 212), “a aplicação dos métodos microeconômicos supõe valores de maximização de utilidade”.

É, portanto, dessa forma que a AED se apropria de uma das decorrências da Ciência Econômica – a Microeconomia – de modo a utilizá-la como sustento para seu arcabouço teórico. Outro dos fundamentos daquela teoria jurídico-econômica diz respeito à racionalidade dos agentes, que – em estrita relação com os preceitos microeconômicos – é especialmente relevante para a Teoria Econômica do Crime.

1.2.3. RACIONALIDADE DOS AGENTES: O *HOMO OECOMICUS* E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Um dos outros pilares da AED – oriundo sobretudo de um corolário específico da Microeconomia –, diz respeito à racionalidade dos agentes: pressupõe-se que os agentes sejam racionais em suas escolhas, de sorte a efetuar cálculos de custo-benefício e, assim, maximizar o seu bem-estar. O indivíduo é, pois, um maximizador de seu bem-estar ou de sua utilidade. Trata-se de premissa elementar da Ciência Econômica. Com efeito, Cooter e Ulen (2012, p. 12) observam que os economistas usualmente assumem que cada ator maximiza algo: consumidores maximizam utilidade (isto é, felicidade ou satisfação), empresas maximizam lucros, políticos maximizam votos etc. Assim, concluem os autores, o êxito dos modelos econômicos que pressupõem comportamentos voltados à maximização deve-se ao fato de que a maioria das pessoas é racional, e a racionalidade, por sua vez, requer maximização.

Cabe mencionar, ao início da exposição quanto à racionalidade dos agentes econômicos, que esse pressuposto teórico não foi introduzido

apenas pela AED: muito pelo contrário, pode-se colhê-lo nas obras de Beccaria – em verdade, do Iluminismo em geral e de sua racionalidade iluminista –, bem como de Bentham, com seu utilitarismo.

Com efeito, esta última vertente filosófica – em grande medida modelada pelo pensamento de Bentham – adotava a racionalidade dos agentes como um de seus mais elementares pressupostos. E, uma vez que a Ciência Econômica surge, em suas bases conceituais, e se desenvolve sob marcante influência da razão utilitária – “base filosófica mais persistente e profunda nos encerramentos conceituais da ciência econômica clássica” – é natural que a conformação dos modelos econômicos se dê através da lente de uma “ultrarracionalidade calculativa” (PIETROPAOLO, 2009, p. 125).

Como afiança Dias (2006, p. 194), o indivíduo, sob a óptica do utilitarismo, busca o prazer e foge da dor – são essas, afinal de contas, as métricas da ação humana –, ou seja, é auto-interessado.

Medema (2007, p. 32), por sua vez, afirma que o utilitarismo descreve uma propensão psicológica, segundo a qual as pessoas tomam decisões com vistas a maximizar sua própria utilidade ou felicidade.

Verifica-se, desse modo, que a pressuposição quanto à racionalidade dos agentes acompanha a AED desde seu mais remoto nascedouro – em Beccaria e Bentham – e permeia o desenvolvimento dessa teoria desde então.

O próprio Posner (2010, p. 17) enuncia, expressamente, recorrer à obra de Bentham para de lá extrair a assunção quanto à racionalidade dos agentes; diz o jurista norte-americano: “compartilho com Bentham a certeza de que os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação em todos os setores da vida”; e prossegue: “também acredito na eficiência econômica como conceito tanto ético quanto científico”. Desde já há a conexão, portanto, entre a racionalidade dos agentes e a eficiência econômica.

E, assim como os preceitos microeconômicos vinculam-se à eficiência, também a racionalidade dos agentes tem relação com este elemento econômico; trata-se, com efeito, de um todo coerente e íntegro, escorado sobre tais assunções elementares.

A interface entre a racionalidade dos agentes e a eficiência econômica é exposta por Pietropaolo (2009, p. 118) nos seguintes termos:

A questão econômica primeira é de alocação eficiente de recursos escassos entre fins alternativos concorrentes, o que significa dizer que adequada é a ação do indivíduo que busca

maximizar seu interesse, alocando recursos de forma a aumentar o total de utilidade para si.

A menção à eficiência e à Microeconomia²⁶, em interface com a pressuposição quanto à racionalidade dos agentes, permite que se advirta que a AED não assume que absolutamente todos sejam plenamente racionais, tampouco que elaborem intrincados e infalíveis cálculos matemáticos precedentes a cada um de seus atos.

O artifício teórico a que a AED recorre, nesse particular – isto é, quanto à racionalidade dos agentes –, é um caso ilustrativo daquilo que se afiançou em relação à formulação de modelos econômicos. Como afiança Shavell (2004, p. 1), na formulação de resposta às questões formuladas sob a abordagem econômica, a atenção teórica é usualmente voltada a modelos de comportamento individual e do sistema legal.

A elaboração de tais modelos pressupõe a eliminação das minúcias que, a nível genérico, são irrelevantes – conquanto possam apresentar certa relevância nos casos individuais concretos²⁷. Ademais, ignoram-se, nos modelos, as “motivações que não sejam de índole exclusivamente autointeressadas” (PIETROPAOLO, 2009, p. 104).

Da mesma forma, a pressuposição quanto à racionalidade dos agentes é genérica. E mais: não se pressupõe que os agentes sejam racionais, mas, em verdade, que ajam como se racionais fossem²⁸. Trata-

²⁶ O diálogo entre a Microeconomia e o pressuposto quanto à racionalidade dos agentes econômicos é clarificado por Kornhauser (1992, p. 43): “a análise econômica do direito, tal como é concebida actualmente, aplica a teoria microeconómica neoclássica à análise dos sistemas jurídicos anglo-americanos. A teoria microeconómica estuda o comportamento de cada um dos agentes económicos. [...] A microeconomia neoclássica parte do pressuposto de que os indivíduos agem sempre no seu próprio interesse, de maneira imutável e fixa. O indivíduo é, pois, completamente racional, sabe exactamente o que procura e realiza de modo preciso todos os cálculos complexos necessários para identificar o curso óptimo da sua conduta”. É possível afiançar, pois, que o pressuposto quanto à racionalidade dos agentes é um corolário da utilização, pela AED, de preceitos microeconômicos na análise dos sistemas legais.

²⁷ Como afirma Pietropaolo (2009, p. 104), “as razões [que] não passíveis de enquadramento nesse pressuposto do modelo podem ocorrer, mas estarão fora do espectro de racionalidade econômica e, assim, desqualificariam a ação como racionais”.

²⁸ Complementam-se as observações tecidas com a menção à obra de Pietropaolo (2009, p. 99). Afirma o autor: “é característica de todo modelo simplificar a realidade, até o ponto em que os aspectos estudados se mostrem mais claramente. As eventuais insuficiências do modelo podem ser corrigidas por acréscimos ou

se de diferença tímida, mas sensível e fundamental. Com efeito, os modelos, mais do que simples previsões acerca das escolhas dos agentes, são aproximações da realidade.

Assim, eventual ato “irracional” de algum agente econômico – seja uma pessoa, uma firma ou uma agência governamental – não elide o sustentáculo teórico da AED²⁹, tampouco, particularmente, da Teoria das Escolhas Racionais.

Dita denominação, a propósito, é emprestada àquela teoria que projeta, exatamente, a racionalidade dos agentes nas condições aqui descritas.

A Teoria das Escolhas Racionais – que consubstancia a teoria geral dos economistas sobre a tomada de decisões pelos indivíduos – foi desenvolvida sobretudo por Becker, a partir de cuja obra remodela-se não somente o Direito, como também a Ciência Econômica.

Como relata Posner (1993, p. 213), Becker, mais do que qualquer outro economista na história da Ciência Econômica – com a possível exceção de Bentham –, insistiu que o modelo de escolha racional poderia ser aplicado a qualquer comportamento social; essa insistência foi imensamente relevante para o movimento de Direito e Economia, afinal de contas jamais se imaginou que o sistema legal se restringiria a regular mercados explícitos. Muito do objeto do Direito diz respeito, de fato, precisamente a áreas aparentemente emocionais, impulsivas, não-racionais, ou que de qualquer outra forma não são maximizadoras de riqueza ou de utilidade – áreas que os economistas acreditavam estar fora de seu campo de estudo. Becker discorda dessa crença e demonstra, mediante seu trabalho, como é possível modelar o comportamento não-mercadológico de forma a manter o pressuposto da racionalidade dos agentes e permitir a realização de comprovações empíricas.

Nesse contexto, a Teoria das Escolhas Racionais, como observam Cooter e Ulen (2012, p. 9), parte das leis, concebidas para provocar mudanças comportamentais (preços implícitos) e promover de certos objetivos – como a eficiência. Passa, então, ao raciocínio elaborado pelos

por transformações mais radicais no próprio modelo. Fundados em escolhas normativas, os modelos são, portanto, um esquema simplificado e provisório de um objeto real complexo, cujo efeito é transmitir um conhecimento específico escolhido como relevante. Desta maneira, as opções normativas dos modelos direcionam como deve ser o conhecimento, para que possa cumprir certas funções ou para que tenha certos atributos esperados”.

²⁹ É exatamente o que Heinen (2012, p. 44) assevera: “mesmo quando as escolhas são irracionais, os modelos continuariam sendo aproximações úteis”.

agentes econômicos, ao qual se imputam os atributos antes descritos³⁰, a partir do modelo econômico. A partir de então, a Teoria das Escolhas Racionais revela seu caráter preditivo, cujo fundamento é exatamente a previsibilidade, a nível genérico, do comportamento dos agentes econômicos – como o são os seres humanos.

Ainda quanto à Teoria das Escolhas Racionais, cabe enfatizar a sua ampla aplicabilidade – isto é, a agentes das mais diversas qualificações –, a qual fica evidente na obra de Posner (2005, p. 10); afirma o jurista que a maioria das análises econômicas consiste em esboçar as consequências de assumir que as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais, o que significa dizer que elegem meios eficientes para seus fins (racionalidade instrumental), quaisquer que sejam. No caso das atividades que interessam ao Direito, essas pessoas, ainda segundo Posner, podem ser criminosas, fiscais, partes de um acidente, contribuintes, colaboradores de impostos, e até mesmo estudantes de Direito. Com a menção a pessoas “criminosas” introduz-se, desde já, a aplicação da Teoria das Escolhas Racionais às matérias atinentes aos crimes e às punições.

Em outra obra, Posner (2010, p. 3) afirma que, embora o objeto tradicional da Ciência Econômica seja o comportamento dos indivíduos e das organizações no contexto mercadológico, uma breve reflexão a respeito da ferramenta analítica básica do economista em seu estudo dos mercados sugere a possibilidade de promover uma utilização instrumental mais abrangente daquela Ciência. Essa ferramenta consiste no pressuposto de que cada indivíduo maximize racionalmente a sua satisfação, e os princípios da Ciência Econômica são deduções desse pressuposto. Dessa maneira, se a racionalidade não se restringe às transações estritamente mercadológicas – muito pelo contrário, é um

³⁰ Os atributos do raciocínio maximizador dos agentes econômicos é bem explicado na obra de Pacheco (1994, p. 40-41), que salienta, para além daquilo que aqui já se enfatizou, a existência de uma hierarquização das preferências pelo agente: “sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: Primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento. Os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam e nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E quarto, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar-se as situações na possibilidade de melhora”.

traço geral do comportamento social –, inexistente óbice para a utilização do aparato teórico ínsito à Ciência Econômica na explicação do comportamento não mercadológico.

Exatamente por isso, alguns autores – sobretudo aqueles ideológica e academicamente filiados a Foucault – identificam o agente econômico, nesse paradigma, como um *homo oeconomicus*.

Apesar de a figura do *homo oeconomicus* ser definitivamente delineada por Becker apenas em 1968, antes mesmo disso o economista já iniciara o processo de expansão da racionalidade econômica a campos até então inexplorados, com a criação da teoria do capital humano. Tal teoria, explica Foucault, representa dois processos: a “incurção da análise econômica num campo até então inexplorado” e a “possibilidade de reinterpretar em termos econômicos e em termos estritamente econômicos todo um campo que, até então, podia ser considerado, e era de fato considerado, não-econômico” (2008, p. 302). A Teoria Econômica do Crime de Becker, portanto, nada mais é do que a expansão, para a seara penal, de um paradigma que o economista norte-americano já iniciara a moldar alguns anos antes (HAREL, 2014, p. 297).

A expressão “*homo oeconomicus*” designa o homem – “um empresário, e empresário de si mesmo” (FOUCAULT, 2008, p. 329) – como ser econômico, responsável pela tomada de decisões racionais, que age de três modos destacados: “na consistência das escolhas, na utilidade das escolhas e, finalmente, com decisão marginalista”³¹ (CERIOTTI, 2013, p. 64).

Dilts (2009, p. 90) ainda explica que o *homo oeconomicus* concebido por Becker não é apenas um parceiro de trocas – a clássica concepção de tal figura – mas um empreendedor de si mesmo, em acepção que deriva da teoria do capital humano, também desenvolvida pelo economista norte-americano. Assim, explica o autor:

indivíduos são pessoas que trabalham em si mesmas com vistas a um retorno futuro, agindo como consumidores/investidores para incrementar seu valor no mercado de trabalho. Essa mudança de perspectiva [...] reconfigura o indivíduo, para suportar a responsabilidade pelos bons e maus investimentos em si próprio. Isto é, empreendedores são recompensados por aceitar

³¹ Vale elucidar que a “análise marginalista determina quanto de satisfação – benefício marginal – é produzido ao agente por uma pequena variação positiva de quantidade de um bem” (PIETROPAOLO, 2009, p. 112).

riscos que alcancem altos retornos, assim como são “punidos” se os riscos se converterem em maus investimentos. O indivíduo, como *homo oeconomicus*, suporta integral responsabilidade, em um sentido de mercado, pelas suas ações.

Assim, como esclarece Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 7), “o agente, para a Economia, está sempre decidindo, tomando decisões”³².

Por isso mesmo, a questão quanto à preocupação da AED em relação à alocação eficiente de recursos pelos agentes econômicos – isto é, quanto às suas escolhas racionais – ilustra uma redefinição do objeto da análise econômica: como explica Foucault (2008, p. 366), verifica-se a “identificação do objeto da análise econômica a toda conduta, qualquer que seja, que implique, claro, uma alocação ótima de recursos raros a fins alternativos, o que é a definição mais geral do objeto da análise econômica”.

Foucault (2008, p. 368) indica, adiante, que a definição do objeto da análise econômica como “conjunto das respostas sistemáticas de um indivíduo às variáveis do meio” possibilita a integração à Ciência Econômica de técnicas comportamentais. São, segundo o pensador francês, métodos que

consistem precisamente, não em fazer a análise do significado das condutas, mas simplesmente em saber como um dado jogo de estímulos poderá, por mecanismos de reforço, acarretar respostas cuja sistematicidade poderá ser notada e a partir de qual será possível introduzir outras variáveis de comportamento – todas essas técnicas comportamentais mostram bem como, de fato, a psicologia entendida dessa maneira pode

³² Foucault (2008, p. 368) explica que a definição do objeto da análise econômica como “conjunto das respostas sistemáticas de um indivíduo às variáveis do meio” possibilita a integração à economia de técnicas comportamentais. São, segundo o pensador francês, métodos que “consistem precisamente, não em fazer a análise do significado das condutas, mas simplesmente em saber como um dado jogo de estímulos poderá, por mecanismos de reforço, acarretar respostas cuja sistematicidade poderá ser notada e a partir de qual será possível introduzir outras variáveis de comportamento – todas essas técnicas comportamentais mostram bem como, de fato, a psicologia entendida dessa maneira pode perfeitamente entrar na definição da economia tal como Becker a dá”.

perfeitamente entrar na definição da economia tal como Becker a dá.

Verifica-se, pois, que a racionalidade dos agentes assumida pela AED, para além de constituir mais um pressuposto de tal teoria, ilustra a redefinição do objeto da análise econômica, que transcende os limites que lhe eram impostos até a primeira metade do Século XX.

Até mesmo a própria Economia é redefinida³³, segundo Foucault (2008, p. 368), em razão dessa concepção da conduta racional: o pensador francês parte da aceção de conduta racional – que, para ele, “é toda conduta sensível a modificações nas variáveis do meio e que responde a elas de forma não aleatória, de forma portanto sistemática” – para afirmar que “a economia poderá portanto se definir como a ciência da sistematicidade das respostas às variáveis do ambiente”. A Economia passa, dessa forma, a ser generalizada em todo o tecido social, até mesmo em âmbitos que não passam ou não são sancionados por trocas monetárias; trata-se, como define Foucault (2008, p. 334), de “uma espécie de análise economista do não-econômico”.

No mesmo sentido, ainda quanto à redefinição da Economia, Sousa (1992, p. 117) narra que, sobretudo em razão da teoria das escolhas racionais – desenvolvida sobretudo a partir de Becker –, a teoria econômica do Direito marca uma mudança não somente na Ciência Jurídica, como também na Ciência Econômica:

Robbins via na economia a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios de uso alternativo. Esta noção, que muitos criticaram por se estender para lá dos fenômenos do mercado e da satisfação das necessidades materiais, veio afinal a revelar-se inteiramente exacta com estas contribuições,

³³ Dilts (2009, p. 90) sustenta que até mesmo a aceção dos indivíduos – agora concebidos como agentes econômicos – é alterada: diz ele que indivíduos são pessoas que trabalham em si mesmas com vistas a um retorno futuro, agindo como consumidores/investidores para incrementar seu valor no mercado de trabalho. Essa mudança de perspectiva reconfigura o indivíduo, para suportar a responsabilidade pelos bons e maus investimentos em si próprio. Isto é, empreendedores são recompensados por aceitar riscos que alcancem altos retornos, assim como são “punidos” se os riscos se converterem em maus investimentos. Dilts arremata com a afirmação segundo a qual o indivíduo, como *homo oeconomicus*, suporta integral responsabilidade, em um sentido de mercado, pelas suas ações.

concluindo Becker que a abordagem compreensiva da economia é aplicável a todo o comportamento humano, quer ele envolva preços monetários ou preços sociais, decisões repetidas ou isoladas, homens ou mulheres, adultos ou crianças, professores ou estudantes, comerciantes ou políticos. Tal perspectiva tem como horizonte uma redefinição da economia como a teoria geral das escolhas racionais, quer no âmbito do mercado, quer fora dele.

Com efeito, para Becker, as definições clássicas da disciplina econômica, por sua generalidade, não enfrentam o real problema do objeto de estudo da Ciência Econômica. O economista norte-americano acredita que a definição mais aceita da Ciência Econômica – que envolve a alocação de recursos escassos para satisfazer fins concorrentes – é excessivamente extensa e desqualifica do âmbito econômico comportamentos extramercado, o que seria um problema para a Teoria Econômica, pois seriam desconsiderados comportamentos que afetam o mercado, mas que não são por ele internalizados.

E Foucault (2008, p. 329) ainda salienta que, antes do surgimento da AED, a Economia estava excluída da análise até então empreendida. Essa questão quanto às redefinições provocadas pela AED ocupa, como se vê, grande parte do trabalho de Foucault (2008).

A par da utilização, pela AED, de preceitos microeconômicos e da eficiência econômica, bem como da assunção quanto à racionalidade dos agentes, outro aspecto fundamental daquela teoria jurídico-econômica diz respeito à sua divisão em duas vertentes: a positiva e a normativa.

1.2.4. AS VERTENTES POSITIVA E NORMATIVA

É especialmente imprescindível, para os fins a que se presta esta pesquisa, a distinção entre as vertentes positiva e normativa da AED. Diz-se isso porque, se por um lado é possível afiançar que a existência de conceitos positivos – isto é, meramente descritivos – de crime é indubitosa em meio à Teoria Econômica do Crime (especialmente no que toca àqueles articulados por Becker e Posner), o presente trabalho intenta exatamente identificar se há – e, em caso positivo, qual é – um conceito normativo de crime que se pode extrair da Teoria Econômica do Crime cunhada por Becker.

Essa existência de duas vertentes da AED apenas repercute a divisão da própria Ciência Econômica nas mesmas abordagens. Com

efeito, Posner (2010, p. XIX) enfatiza a existência de “duas formas bastante distintas de economia”, a positiva e a normativa, e afiança que “a última delas é bem mais polêmica que a primeira”.

Dessa forma, assim como ocorre na Ciência Econômica, o estudo do Direito a partir da perspectiva econômica admite os enfoques descritivo (ou explicativo) e normativo. É possível utilizar a AED, portanto, para explicar o que foi o Direito (vertente manifestada sobretudo em Posner) e para explicar o que deve ser o Direito (abordagem que ganhou força com Calabresi). A respeito disso, Posner (2000, p. 69-72) aduz que “a distinção entre positivo e normativo, entre explicar o mundo como é e tratar de transformá-lo para torná-lo melhor, é básica para entender a AED”.

Silva (2010, p. 469), à sua maneira, explica que a AED adota, em geral, dois enfoques: o primeiro deles propõe-se a prever os efeitos econômicos, ao passo que o segundo busca, a partir das consequências econômicas das decisões, sugerir modificações da legislação, invariavelmente sob a perspectiva de conceitos de eficiência como o de Pareto ou Kaldor-Hicks.

Ditos enfoques correspondem, respectivamente, à abordagem positiva e à abordagem normativa.

Rodrigues (2007, p. 34) também elucida a distinção entre as abordagens normativa e positiva:

As questões a que a Análise Econômica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre diretamente da definição da Economia como o estudo de escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e

benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde a uma análise positiva do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência. Diferentes sistemas de incentivos, e portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes.

Com efeito, sob a abordagem econômica do Direito, duas espécies básicas de questões são formuladas. Como descreve Shavell (2004, p. 1), a primeira espécie é descritiva, concernente aos efeitos das regras legais; a outra espécie de indagação é normativa, pertinente à excelência das regras legais.

É interessante observar, nesse contexto, que desde o seu nascedouro a AED divide-se em abordagem positiva e normativa. Pietropaolo (2009, p. 177) observa que até mesmo “o teorema de Coase tem um uso descritivo do direito – como ele é para o efeito econômico – e normativo – como o direito deveria ser para patrocinar de maneira eficiente o bem-estar”.

Também de modo a distinguir diferentes abordagens adotadas pela teoria em estudo, Kornhauser (1992, p. 45-50) vislumbra quatro teses – “independentes no plano da lógica, mas ligadas no plano conceptual” – em que a AED pode fundar-se: behaviorista, normativista, descritiva e evolucionista. Especificamente quanto à normativa, o autor discorre:

A tese normativa afirma que os juízes devem escolher normas jurídicas eficientes. Em certa medida, esta tese ultrapassa o domínio tradicional da economia, pois apoia-se em argumentos tirados mais da filosofia do que da ciência econômica. Estes argumentos, contudo, dependem do sentido

que se dá ao termo “eficiência”. Foram avançadas diferentes interpretações do mesmo.

Posner defende que a “eficiência” corresponde à maximização da riqueza.

Para Shavell (2004, p. 2), a avaliação de políticas sociais – e, portanto, das regras legais –, é observada sob a perspectiva do bem-estar social.

Essa medida – o bem-estar social – tem íntima vinculação com a eficiência. Dessa forma, sob uma avaliação normativa, uma regra legal será superior a outra se resultar em um nível maior de bem-estar social.

Assim, é imprescindível notar que a análise normativa é condicional por natureza, uma vez que a avaliação quanto à melhor regra legal depende do critério de bem-estar social levado em consideração. Isso suscita a questão quanto à medida de bem-estar utilizada na análise econômica das normas jurídicas.

A resposta a essa indagação, pelo menos para a Escola de Chicago de AED, remete à eficiência, que consiste em uma lente de análise econômica para as questões jurídicas.

Segundo Shavell (2004, p. 4), há três fatores que distinguem a AED das demais abordagens jurídicas: a) a análise econômica enfatiza o uso de modelos e de testes empíricos e estatísticos das teorias, ao passo que as demais teorias geralmente não o fazem; b) ao descrever comportamentos, a análise econômica dá mais relevância do que outras abordagens à premissa de que os atores são racionais e sopesam as possíveis consequências de suas decisões; c) em uma avaliação normativa, a análise econômica torna explícita a medida de bem-estar social considerada, distintamente do que geralmente ocorre em relação às demais abordagens, que deixam o critério de bem-estar somente implícito.

A menção a Shavell permite elucidar que a abordagem adotada por esse autor em sua análise econômica é, em grande medida, normativa. Como afirma Pietropaolo (2009, p. 162), “o parâmetro normativo em Shavell é a economia do bem-estar ou funções de utilidade social”.

Já quando consideradas as questões descritivas – positivas – nos modelos, pressupõe-se que os atores são racionais. Isto é, assume-se que os indivíduos olham adiante e comportam-se de modo a maximizar sua utilidade esperada. Exatamente por isso, Shavell (2004, p. 1) afirma que, uma vez caracterizado o comportamento individual como racional, a influência das regras legais no comportamento pode ser aferida.

Além da pressuposição acerca da racionalidade dos agentes, também o conceito de eficiência como maximização de riqueza norteia a análise econômica positiva. Com efeito, é sob essa óptica que Posner (2010, p. 9) empreende a sua análise econômica positiva da *Common Law*, tradição jurídica que, segundo sustenta o autor, é melhor compreendida como se os juízes, ao desenvolver o Direito, estivessem tentando conscientemente assegurar uma adjudicação eficiente dos recursos (POSNER, 2005, p. 8).

De qualquer forma, para além de uma abordagem descritiva, é possível verificar que Posner também adota, pelo menos em certa medida, a vertente normativa. Com efeito, Kornhauser (1992, p. 47) aponta que aquele jurista norte-americano propõe uma tese normativa, segundo a qual “os juízes devem escolher normas jurídicas eficientes”. De qualquer forma, isso não desnatura a característica de que a teoria econômica de Posner é de caráter destacadamente descritivo: encara os fatos jurídicos a partir da assunção de que os juristas buscam – e de fato devem fazê-lo – promover a eficiência econômica.

A menção a Posner permite recordar que não somente a proposta de tal jurista, como a de toda a Escola de Chicago geral – à qual aquele jurista se filia – é, eminentemente, descritiva (ou positiva).

De fato, Posner (2005, p. 9) afirma que a teoria positiva se constrói sobre o famoso artigo de Coase – que também pertence à Escola de Chicago – acerca dos custos de transação. O “teorema de Coase” sustenta que, quando os custos de transação do mercado equivalem a zero, a adjudicação inicial de direitos é irrelevante para a eficiência, uma vez que, se a adjudicação é ineficiente, as partes a retificarão através de uma transação privada. Um dos corolários relevantes daí advindos prega que o Direito, ao qual compete a promoção da eficiência econômica, deveria procurar minimizar os custos de transação.

Vale elucidar que, a despeito da existência de distinções entre as vertentes adotadas pela AED, também há convergências; trata-se, afinal de contas, de duas abordagens de um mesmo movimento.

Pargendler e Salama (2015, p. 5), por exemplo, com fundamento na afirmação de Posner (2007, p. XIX) segundo a qual “a análise econômica pode iluminar, revelar a coerência e até mesmo melhorar” o Direito, asseveram que essas são ambições tanto da vertente normativa, quanto da vertente positiva, sob o fundamento de que a Economia pode ser utilizada tanto para explicar a lógica subjacente ao Direito, quanto para avaliar se o atual regime legal é desejável do ponto de vista dos custos e benefícios.

Outra característica de que comungam ambas as abordagens da AED é o potencial de influência sobre a atividade hermenêutica.

Como explica Pietropaolo (2009, p. 124), a abordagem positiva vale-se de argumentos econômicos a fim de descrever o Direito existente, de modo a buscar a obtenção máxima dos objetivos econômicos normativamente estabelecidos, como a eficiência e o bem-estar social. A vertente normativa, por sua vez, adota preceitos econômicos como forma de avaliar o norte a ser seguido.

Outro ponto de convergência entre as abordagens que se pode identificar diz respeito ao fato de que ambas recorrem à eficiência: a vertente positiva descreve o Direito e as práticas dos operadores jurídicos de modo a concebê-los como eficientes – Posner, por exemplo, em várias de suas obras diz que a *Common Law* pode ser bem descrita como a sucessão de práticas voltadas (ainda que não intencionalmente) à eficiência –, ao passo que a vertente normativa se vale da eficiência como norte a ser perseguido pelo Direito.

À guisa de encerramento deste tópico, é interessante observar que, mesmo sem enunciá-lo – ao menos expressamente –, Bentham já observava certa diferença entre a abordagem normativa (prescritiva) e a abordagem positiva (descritiva). Hart (1982, p. 41) narra que um dos motivos pelos quais Bentham admirava Beccaria era o fato de que o pensador italiano, ao criticar o Direito de sua época, não clamava estar desvendando o “verdadeiro Direito”. Essa diferença que Bentham vislumbrou na obra de Beccaria foi mantida na obra do filósofo inglês, que enfatizava a diferença entre o Direito que é e o Direito que deve(ria) ser. Como relata Hart, Bentham afirmou que o trabalho de Beccaria era o primeiro que se detinha exclusivamente a censurar o Direito então vigente, distintamente do que se verificava na obra de juristas que, sob a bandeira do Direito Natural, confundiam o Direito que era e o Direito que deveria ser.

Ramos (2006, p. 68) endossa o que se relatou; aponta a existência, na obra de Bentham, de uma análise econômica que adota duas abordagens distintas: “o que o direito é e o que deveria ser. De um lado, descreve ele o que vê no sistema jurídico; de outro, propõe o que o sistema jurídico deve ser, para que haja o maior ganho social possível, na perspectiva utilitarista”.

Após a exposição quanto à trajetória de surgimento, desenvolvimento e consolidação da AED e quanto aos principais pressupostos teóricos que compõem esse simbiose entre Direito e Economia, passa-se a traçar um panorama acerca do estado atual da AED

em meio às Ciências Jurídica e Econômica, até para que se verifique em que estágio se encontra aquela trajetória histórica antes mencionada.

1.3. O PANORAMA ATUAL DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para além de descrever a trajetória histórica percorrida pela AED e de salientar seus principais pressupostos teóricos, é necessário traçar um panorama geral acerca do papel atualmente ocupado por aquela teoria jurídico-econômica no contexto jurídico, tanto nos EUA – o berço daquele movimento –, quanto no mundo de *Civil Law*, especialmente no Brasil. Enfatiza-se, nessa exposição, a relevância que a AED tem assumido em cada um desses cenários e, ademais, apontam-se perspectivas no que toca às perspectivas futuras de tal teoria.

Pois bem. A fim de, logo de início, aferir a importância da escola jurídico-econômica em questão, que une dois grandes campos e facilita a compreensão de cada um deles, é possível recorrer a Cooter e Ulen (2012, p. X), para os quais o que começou como apenas um nicho acadêmico tornou-se a mais largamente utilizada ferramenta de análise jurídica.

Com efeito, a Ciência Econômica mudou a natureza dos estudos legais, a comum compreensão das regras jurídicas e das instituições, e até mesmo a prática do Direito. Em 1990, pelo menos um economista estava no corpo docente de cada uma das mais renomadas faculdades de Direito dos EUA e de alguns países da Europa Ocidental (COOTER; ULEN, 2012, p. 2).

Essa escola de pensamento recebeu seu maior reconhecimento quando, em 1991 e em 1992, foram concedidos a dois economistas que tomaram parte na fundação daquela teoria – Ronald Coase e Gary Becker – o Prêmio Nobel de Economia³⁴, o que corrobora tratar-se, como

³⁴ Como narrou Martins (1992, p. 29) em relação à láurea concedida a Coase: “nos argumentos fornecidos para a atribuição a R. Coase do Prêmio Nobel, a *Royal Academy of Sciences* lembra os seus contributos para a compreensão da estrutura institucional e do funcionamento da Economia, em especial, os seus trabalhos sobre os custos de negociação (*transaction costs*), abordados no seu artigo ‘*The nature of the Firm*’, publicado em 1937, e a análise dos efeitos externos, que põe em destaque os direitos de propriedade, apresentado no seu artigo ‘*The Problem of Social Cost*’ de 1960”. No mesmo sentido, complementa Sousa (1992, p. 117), com menção à concessão do prêmio, um ano mais tarde, também a Becker: “A Real Academia das Ciências sueca acaba de atribuir o Nobel da Economia de 1992 a Gary Stanley Becker. É, em poucos anos, o terceiro economista com uma reflexão inovadora dos problemas jurídicos a quem é

observam Cooter e Ulen (2012, p. 2), do mais importante desenvolvimento dos estudos legais do Século XX.

Além disso, Cooter e Ulen (2012, p. 2) afirmam que o impacto do campo de estudo estende-se, para além das universidades, em direção à prática legal e à execução de políticas públicas. Os autores citam, a título ilustrativo, comissão criada em 1984 pelo Congresso norte-americano com o objetivo de reformar as regras aplicáveis às sentenças proferidas pelos tribunais federais, a qual explicitamente utilizou conclusões dos estudos de AED.

Reportam-se os autores, ademais, à nomeação, para a magistratura federal, de vários estudiosos da *Law and Economics* – a exemplo de Posner³⁵ –, os quais abertamente se valem, em sua atividade judicante, de estudos jurídico-econômicos (COOTER; ULEN, 2012, p. 2).

Já de modo a antecipar algumas considerações acerca da Teoria Econômica do Crime, vale observar, ainda com vistas a aferir o sucesso da AED, que Becker afirma que a sua análise estimulou a produção de uma literatura voltada à quantificação dos conceitos por si trabalhados – custo, dissuasão etc. –, com vistas à aferição de qual seria a melhor política pública a se implementar (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 18). Como afirmam estudiosos da AED, a partir do ensaio de Becker, economistas, sociólogos e criminalistas identificaram não haver limites às conexões estabelecidas entre tais matérias (SIMON, 2010, p. 165); diz-se, exatamente por isso, que os economistas interessaram-se pelo crime logo após o estudo seminal de Becker (PIQUERO; WEISBURD, 2010, p. V).

Verificado esse panorama geral acerca da AED, também é imprescindível discorrer acerca da recepção daquela teoria pela

conferido aquele prêmio: os outros dois foram James Buchanan em 1986 (sobretudo pelos seus trabalhos na área da escolha pública e teoria econômica do direito constitucional) e Ronald Coase em 1991 (pelos seus estudos pioneiros no domínio dos custos de transação, que abriram o caminho à análise econômica dos contratos e da responsabilidade civil) [...]. Segundo a Academia sueca, Becker ‘alargou a análise econômica a novos domínios dos comportamentos humanos e das relações humanas’. A sua atenção incidiu em campos tão importantes como a economia da pobreza e da discriminação social, a economia da educação, a análise econômica do crime e da justiça criminal, a análise econômica do direito da família, e ultimamente a análise econômica do direito das drogas” (SOUSA, 1992, p. 117).

³⁵ A propósito, “justamente por ser juiz, R. Posner deixou claro que é plenamente possível o exercício da Análise Econômica do Direito na aplicação jurisdicional” (GALESKI JR.; RIBEIRO, 2009, p. 60).

Academia brasileira. Aqui, tão logo se operou a incipiente abertura do Direito a outros saberes decorrente da crise do paradigma kelseniano – sobre a qual já se discorreu acima –, a AED passou a fincar raízes em solo nacional.

O diálogo entre o Direito e a Economia, vale dizer, já era explorado por juristas brasileiros tais como Washington Albino Peluso de Souza, um dos fundadores da Fundação Brasileira de Direito Econômico e criador, em 1972, da cadeira de Direito Econômico no Brasil, da qual foi o primeiro professor. Mais que isso, Souza (1995, p. 2) já lançava as bases do que seria a AED à brasileira ao mencionar, frequentemente, o método analítico substancial:

Só mais recentemente a inteligência universitária ocidental, afastado o fantasma marxista utilizado para comprometer a análise científica da relação entre o “econômico” e o “jurídico”, está descobrindo ou reconhecendo a “interpretação econômica do Direito”. (Posner, Calabresi, Alpa, Dworkin, Rakowski, Danahue, Guiomar Estrela Faria). Em Direito Econômico, este caminho já de há muito é percorrido, pelo Método Analítico Substancial, onde se toma o “fato econômico” como núcleo existencial, passando a ser revestido, ou contido, pela norma jurídica.

Para ilustrar o isolacionismo jurídico que marcou a primeira metade do Século XX nos estudos jurídicos brasileiros – apenas reflexo do que ocorria a nível mundial –, é interessante a alusão a excerto da obra do icônico Néelson Hungria (1945, p. 15): “O direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão no nosso *Lebensraum*³⁶, façamos ressoar, em toque de rebate, nossos tambores e clarins!”. Hungria não admitia, como se verifica, que as questões jurídicas fossem objeto de análise por outros pensadores senão pelos próprios juristas.

Figueiredo (2012, p. 421), em análise do excerto antes transcrito, afiança:

Se, naquela altura, o ilustre doutrinador combatia com fervor a interferência do cientista social no seu pequeno universo dogmático, é com o mesmo fervor que devemos, agora, reconhecer a urgência de uma tal interferência. Mais do que isso, urge,

³⁶ “Espaço vital”, na língua alemã.

pois, que nós, vertidos tomemos como nossa a tarefa de encontrar soluções satisfatórias diante da falência das respostas institucionais ofertadas para o combate à criminalidade.

Muito embora já houvesse trabalhos acadêmicos brasileiros atinentes à escola jurídico-econômica aqui estudada pelos menos desde 1982 – ano em que Castilho publicou sua “Breve notícia sobre a análise econômica do direito” –, a AED propriamente dita somente foi introduzida nos estudos jurídicos pátrios por Guiomar Therezinha Estrela Faria, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com sua obra “Interpretação Econômica do Direito”, publicada em 1994, a qual, por sua vez, influenciou a dissertação de mestrado “A teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988”, defendida no então Centro de Pós-Graduação em Direito (CPGD), na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), no ano de 1997, por Everton das Neves Gonçalves.

O próprio Souza (2003, p. 84), após essa inicial inserção da AED em solo nacional, a apresenta como nova corrente teórica oferecida à metodologia jurídica.

Para além dessa incipiente recepção da AED pelos juristas pátrios, vale discorrer acerca do atual panorama de tal teoria no contexto jurídico nacional.

Como conjecturam Pargendler e Salama, o senso comum afirma que não somente no Brasil, como nos países de *Civil Law* de maneira geral – isto é, fora dos EUA –, a AED é inexistente ou, no máximo, embrionária, o que decorreria de fatores que vão “da estrutura da educação jurídica às características peculiares aos sistemas de direito legislado” (2015, p. 1).

De fato, a proeminência da AED nos EUA é largamente reconhecida, tanto por seus apoiadores, quanto por seus detratores (PARGENDLER; SALAMA, 2015, p. 1). Os mesmos autores afiançam, todavia, que a AED tem sido recebida, sim, nos países de *Civil Law* – e o Brasil é um exemplo disso.

Evidentemente, uma vez que a AED foi gestada no ambiente da *Common Law* norte-americana – em contraposição à tradição de *Civil Law* peculiar ao direito brasileiro –, a recepção daquela teoria demanda alguns cuidados.

Nesse sentido, Pietropaolo (2009, p. 135-136) afiança que, a despeito da existência de diferenças entre as tradições da *Common Law* e da *Civil Law*, essas dissidências não são relevantes a ponto de obstar a

recepção da teoria jurídico-econômica nos países de Direito romano-germânico. Exatamente por isso, o autor afirma que “é possível encarar a realidade proposta pela análise econômica do direito na tradição do direito romanístico, tomando o cuidado de estabelecer em que medida as diferenças operacionais constituem algum óbice, se é que constituem”. Heinen (2012, p. 27) acompanha: assevera que, “apesar de alguns empecilhos para a implementação da AED em países de tradição romano-germânica, não faltam esforços teóricos e práticos neste sentido”.

Também de modo semelhante, Pargendler e Salama (2015, p. 3 e 21) argumentam, enfaticamente, que “a convencional pressuposição de que o raciocínio econômico é ausente da prática jurídica em países de *Civil Law* é falha”. Ainda assim, afirmam que, “por mais que os estudos acerca da AED rapidamente estejam ganhando terreno no Brasil, ainda estão longe de ser dominantes”.

Kornhauser destaca a aplicabilidade da AED particularmente na reflexão acerca da atividade legislativa, seja no domínio da *Common Law*, seja no âmbito da *Civil Law*:

A análise econômica do direito está muito desenvolvida nos Estados Unidos, embora desperte também um interesse crescente na Grã-Bretanha e noutros países anglófonos. Esta sua origem teve por resultado um acento tônico no estudo dos sistemas jurídicos anglo-americanos. Que tal acento tenho sido posto nestes sistemas, pouco importa quando se trata de estudar a legislação, pois os legisladores desempenham o mesmo papel nos sistemas europeus e anglo-americanos, uma vez que os tribunais franceses e europeus desempenham papéis diferentes, e utilizam procedimentos diferentes para resolverem os litígios e proferirem as suas decisões, tal análise, apurada para os sistemas anglo-americanos, pode precisar de algumas modificações para lhes ser aplicável. Contudo, se nos colocarmos do ponto de vista da análise econômica, o contraste entre as práticas judiciais em França e em Inglaterra sugere ser possível uma análise mais geral (1992, p. 43).

Há, todavia, dissidências quanto à recepção da AED nos países de *Civil Law* – particularmente no Brasil, em razão da sua condição de país em desenvolvimento. Heinen (2012, p. 27), por exemplo argumenta que “a AED não foi facilmente recepcionada nos países da *civil law* (tradição

romano-germânica)”. E a autora observa a existência de um conflito: como afirma, “na tradição romano-germânica haveria um foco na análise hermenêutica da norma, uma preocupação em se interpretar as escolhas legislativas presentes no texto legal, enquanto que a AED propõe determinar as consequências das regras e fazer escolhas, com base nelas”.

Também de modo a apontar problemas na recepção da AED, Rosa (2011a, p. 59) expõe o receio quanto a esse processo, sobretudo no que toca à submissão do Direito pela Economia.

Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o “Direito” foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente “pragmática”, de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.

Pargendler e Salama (2015, p. 21), por outro lado, rechaçam esse receio por eles denominado de pessimista: afirmam que a prática judicial brasileira não abandonou o hábito de fundamentar as decisões em uma previsão legal pré-existente, de modo que, nesse cenário, é a Economia que parece estar a serviço do Direito. Exatamente por isso, asseveram que o sistema judicial brasileiro não se encontra sob o “temido processo de ‘colonização’ intelectual – ou mesmo ideológica – pela Economia”.

Os mesmos autores (2015, p. 7) chegam a admitir que “é tentador conceber o crescente uso do raciocínio econômico em um país latino-americano como o transplante artificial de um modismo acadêmico estrangeiro que corrompeu a coesão e a pureza da tradição da *Civil Law*”, mas asseveram que o Direito contemporâneo brasileiro – um típico exemplo de jurisdição de *Civil Law* – é particularmente acessível ao raciocínio econômico, em razão de fatores ideológicos, políticos e legais.

Também Posner sustenta a permeabilidade da *Civil Law* à AED, na medida em que se trata de movimento “genuinamente internacional e [que] tem tanta relevância sobre o Direito romano-germânico e os países em desenvolvimento como nos países de *Common Law*” (POSNER, 2005, p. 8). O jurista acrescenta, ainda, que “o aspecto teórico mais ambicioso do enfoque econômico do Direito tem sido a proposta de uma teoria econômica do Direito unificada” – aplicável, portanto, às duas principais tradições jurídicas. Posner, no entanto, concorda que a

recepção da teoria econômica do Direito demanda cuidados, como expõe no seguinte excerto:

Num país em desenvolvimento como é o Brasil, a análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos [...]. Nestes últimos, a importância dos direitos de propriedade, da liberdade contratual, da independência do judiciário, da discricionariedade judicial bem orientada e das limitações ao poder do Estado é tomada como ponto pacífico. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, esses valores tendem a ser postos em questão e só se efetivam de modo incompleto. Nesses países, a proteção dos direitos de propriedade, a garantia da liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo políticos e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou devem ter um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas (POSNER, 2010, p. XVIII).

Exatamente em razão disso, Posner (2010, p. XVII-XVIII) pondera que é natural que a análise econômica do Direito brasileiro tenha uma ênfase distinta daquela que se verifica em países plenamente desenvolvidos, o que, sustenta ele, “é ótimo, e ajuda a confirmar os valores que o movimento ‘direito e economia’ tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro”; mais do que isso, o jurista norte-americano conjectura que a AED “tem tanto a oferecer num país de *civil law* como o Brasil quanto nas jurisdições anglo-americanas em que até agora desempenhou seu papel mais importante”.

Nesse sentido, é possível observar, desde já, a utilização do raciocínio econômico pelas cortes brasileiras, que consiste, sobretudo, na apropriação de conceitos chave da Economia – sobretudo da Microeconomia – como instrumentos para a aplicação de regras ou princípios legais. Em razão disso, sustenta-se que é mais provável que o desenvolvimento da AED no Brasil ocorra pelas mãos do Judiciário (PARGENDLER; SALAMA, 2015, p. 1-5).

É possível ressaltar, todavia, as distinções havidas entre as jurisdições de *Common Law* – em que há maior discricionariedade judicial – e de *Civil Law*.

Como Posner (2010, p. XV-XVI) enfatiza, é natural que, na *Common Law* – em que os juízes podem criar (e não somente aplicar) o

Direito –, “a análise econômica seja usada para orientar a decisão judicial”. Mas, de modo a indicar a aplicabilidade da AED também nos países de *Civil Law*, o autor ressalva que “os textos legais [...] deixam uma grande área em aberto para o exercício da discricionariedade judicial, a qual pode, por sua vez, ser disciplinada por um compromisso com a abordagem econômica” por ele descrita. Assim, conclui Posner, seria possível a utilização da AED também nos países de *Civil Law*.

Para complementar, Posner (2010, p. XI), após tecer consideração no sentido de que o Brasil, tal como outros países de *Civil Law*, adotou concepção rigorosamente positivista do papel do Judiciário, afirma que, ainda assim, há espaço para a discricionariedade judicial. A partir daí, e por considerar que o positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam dois extremos no espectro acerca da discricionariedade judicial, Posner (2010, p. XI) afiança que a Teoria Econômica representa posição intermediária, de acordo com a qual os juízes devem, sim, exercer sua discricionariedade, desde que balizada pelos ditames da AED.

Também de modo a apontar a permeabilidade da prática judicial da *Civil Law* à AED, Pargendler e Salama (2015, p. 21) conjecturam que o futuro da AED, nos países de *Civil Law*, consiste no entendimento de que essa teoria é crescentemente consistente com a tradicional vocação dos juristas da tradição romano-germânica de produzir estudos que sejam instrumentais na aplicação da lei.

De qualquer forma, não é somente na atividade judicante que a AED pode exercer sua influência; também na atividade legiferante é possível verificar essa instrumentalização daquela teoria, como salientam Gonçalves e Stelzer (2009, p. 2.732):

A Teoria Econômica, assim, exerce papel analítico-interpretativo junto ao Direito seja na *Common Law* ou, ainda, na *Civil Law* Brasileira segundo prática jurídico-econômica de mercado e realidade da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica próprios da dialética social-econômico-normativa construtiva.

Por fim, se é indispensável refletir acerca da introdução da AED na prática judicial e na atividade legislativa, também é necessário abordar a sua inclusão nos bancos acadêmicos. A propósito, novamente Pargendler e Salama (2015, p. 21), em artigo acerca das perspectivas daquela teoria jurídico-econômica em solo brasileiro, ponderam que, se a

utilização do raciocínio econômico como parte da análise legal é decorrência de transformação maior ocorrida no sistema jurídico brasileiro, a demanda pelas pesquisas relacionadas à AED parece ter chegado para ficar. E complementam ao afirmar que, uma vez que o tradicional papel do saber jurídico nos países de *Civil Law* é o de explicar e auxiliar a aplicação da lei, se espera ver um aumento correspondente na busca pelos estudos da AED pela academia jurídica, em termos de pesquisa e ensino.

Também no que toca à formação dos juristas da tradição romano-germânica, Posner (2010, p. XVII) enfatiza a relevância da introdução acadêmica da AED, sobretudo em razão das peculiaridades da educação jurídica na tradição de *Civil Law*:

Nos sistemas de *civil law*, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional e, portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção do direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição do *civil law*. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema jurídico brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito.

No mesmo sentido, é possível apontar que somente o estudo interdisciplinar, na academia jurídica, das Ciências Econômicas e Jurídica capacitará os juristas para o labor diante do novo paradigma apresentado pelo AED.

Encerra-se, assim, o panorama histórico que se pretendeu traçar acerca das fundações filosóficas, do surgimento, da evolução e da consolidação da AED. A exposição desse *iter* histórico não foi empreendida à toa: buscou-se evidenciar a forma como a Economia adentrou o Direito e o modo como ambas as ciências, conjuntamente, têm evoluído desde esse diálogo inicial, que foi travado significativamente a partir da década de 1960, nos EUA, mas tem sua origem já no Século XVIII.

Expostos os principais fundamentos teóricos que sustentam a AED e seu panorama atual no Direito e na Ciência Econômica, discorrer-se-á, de forma específica no Segundo Capítulo deste trabalho, acerca de um

dos desdobramentos daquele movimento jurídico-econômico: a Teoria Econômica do Crime.

2. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

Pavimentado o caminho, no Primeiro Capítulo, com a exposição acerca dos principais elementos da AED e de suas origens, o presente Capítulo é devotado à exposição dos mais relevantes aspectos da Teoria Econômica do Crime – sobretudo daqueles que, ao final deste trabalho, auxiliarão na verificação ou no falseamento da hipótese inicialmente apresentada ao problema de pesquisa. Assim, traça-se o percurso histórico que culminou no surgimento da AED – e, particularmente, da Teoria Econômica do Crime –, o qual parte de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham e chega àquela que é, hoje, a mais difundida teoria do Direito norte-americano. É interessante observar, desde já, que os principais precursores da AED – Beccaria e Bentham – são, também, aqueles que lançaram as bases da Teoria Econômica do Crime; com efeito, suas obras, embora não sejam as únicas, constituem os principais fundamentos filosóficos da AED. Na sequência, discorre-se acerca dos aspectos gerais da Teoria Econômica do Crime desenvolvida por Becker: enfatiza-se a racionalidade dos agentes (potencialmente) criminosos, cotejam-se os resgates e as divergências existentes na conexão entre os clássicos Beccaria e Bentham e o neoclássico Becker, apresenta-se a equação matemática que sintetiza a Teoria Econômica do Crime e, por fim, discorre-se acerca da eficiência na Teoria Econômica do Crime.

Antes disso, todavia, ainda no presente Capítulo, apresentam-se as raízes históricas da Análise Econômica do Direito Penal – as quais, não à toa, se confundem com as próprias raízes da AED.

2.1. AS FUNDAÇÕES HISTÓRICAS DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

Para que o leitor não seja repellido pela aparente novidade na aplicação de uma moldura “econômica” à análise de comportamentos ilegais, deixe-o recordar que dois importantes artífices da criminologia durante os séculos XVIII e XIX, Beccaria e Bentham, explicitamente aplicaram um cálculo econômico. Infelizmente, essa abordagem perdeu prestígio nos últimos cem anos, e meus esforços podem ser vistos como uma ressurreição, modernização e, portanto – eu espero –, uma melhora desses estudos pioneiros (BECKER, 1974, p. 45).

Principia-se este subitem com a transcrição de um excerto do ensaio *Crime and punishment: an economic approach*, de Gary Becker – o grande artífice da Teoria Econômica do Crime.

Aqui, intenta-se explorar as raízes da Teoria Econômica do Crime desenvolvida por Becker, não sem antes discorrer acerca da origem da própria AED, em um âmbito mais amplo. Buscam-se ditas origens em Bentham e Beccaria, bem como no contexto acadêmico jurídico-econômico existente nos EUA nos anos 1960, que deu azo ao surgimento da AED.

Ao resgatar aqueles pensadores clássicos, a pesquisa busca apontar tanto os aspectos em que a Teoria Econômica do Crime lhes é tributária, quanto aqueles – menos numerosos – em que há dissidências teóricas.

A citação que abre este subitem é essencial para apontar que o próprio Becker indicou Beccaria e Bentham como os dois precursores da intersecção entre estudos econômicos e jurídicos – neste último caso, mais precisamente no âmbito penal.

Vale dizer que a busca da origem da AED – e, mais precisamente, da Teoria Econômica do Crime – em Beccaria e Bentham é endossada também por Posner (1985, p. 1.193). Ensina o jurista:

A análise econômica do Direito Penal começou, em um plano bem elevado, no século XVIII e no início do século XIX, com os trabalhos de Beccaria Bentham, mas o seu renascimento data apenas de 1968, quando foi publicado o artigo de Becker acerca dos crimes e das punições. Desde então, houve uma efusão de pesquisas econômicas acerca do Direito Penal, concentradas nos seguintes temas: o *tradeoff* entre certeza e severidade das punições, a comparação entre as propriedades econômicas das multas e da prisão, a economia do *enforcement* e do processo penal e, sobretudo, os efeitos dissuasórios e preventivos da sanção penal (aí incluída a pena de morte).

Portanto, a digressão histórica aqui realizada remete, sobretudo, a estes dois pensadores: Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Posner (1985, p. 1193) prossegue em sua exposição:

A análise econômica do Direito Penal iniciou, em um plano muito elevado, no século XVIII e no início do século XIX com o trabalho de Beccaria e Bentham, mas seu renascimento em tempos modernos data apenas de 1968, quando o artigo de

Gary Becker acerca dos crimes e das punições apareceu.

Assim, é possível afirmar, figurativamente, que Beccaria e Bentham são os autores do prólogo da obra que Becker viria a escrever quase dois séculos mais tarde.

Evidentemente, o substrato teórico da AED não se restringe a tais autores; em verdade, encontra suas mais remotas (e mediatas) origens no epicurismo³⁷ e na crematística aristotélica.

Além disso, é comum citar Adam Smith como um dos precursores dos estudos interdisciplinares entre Direito e Economia, tal como o faz Roemer (1994, p. 6):

O ponto histórico demarcado como de intersecção, considerado como gênese do movimento entre Direito e a Ciência Econômica – que mais tarde é batizado de Análise Econômica do Direito –, remonta ao século XVIII a partir de dois autores: o primeiro, Adam Smith, discorre sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista; o segundo, Jeremy Bentham, de geração posterior à de Adam Smith, faz referência à Análise Econômica das Leis que regulam o comportamento de atividades no

³⁷ Souza relata que do hedonismo de Epicuro – traduzido na obtenção do maior prazer com o menor sacrifício – deriva o utilitarismo de Bentham (muito embora se deva advertir, desde já, que o utilitarismo benthamiano encontra sua origem imediata em Beccaria); no modelo do pensador inglês – faceta jurídica do hedonismo –, construiu-se o “‘princípio’ do ‘custo-benefício’, com todas as suas variantes, inclusive jurídicas, e não apenas semânticas, como também conceituais” (2003, p. 88). No mesmo sentido, Ramos (2006, 65-66) assevera que “a ideia ou método da experimentação, sobretudo no campo social, busca suas raízes mais remotas no hedonismo do filósofo grego Epicuro (341-271 a.C.) [...]”. Recomenda a temperança como virtude primeira para assegurar o prazer. Segundo a sua doutrina, não se trata de procurar qualquer prazer, nem de fugir a toda a dor, mas conduzir-se em um modo que a soma final represente um máximo possível de prazer e o mínimo possível de sofrimento. Tal conduta envolve um certo cálculo e uma medida utilitária [...]. É também do hedonismo a ideia de que é possível classificar e contabilizar os prazeres [...]. A seleção dos prazeres defendida por Epicuro é uma antecipação do utilitarismo inglês, com sua aritmética do prazer. De fato, o epicurismo antecipou alguns postulados do utilitarismo inglês dos Séculos XVIII e XIX, cujos patronos foram os ingleses Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873) e seu pai, James Mill (1773-1836), nessa ordem de importância. O primeiro idealizou e os demais propagaram as ideias utilitaristas na filosofia”.

interior do mercado, tais como: delitos; acidentes; responsabilidade civil; matrimônio; contaminação e processos jurídicos, entre outras.

Todavia, para os fins a que se destina este trabalho – e em razão de abordar-se, sobretudo, a Análise Econômica do Direito Penal –, é essencial que o corte epistêmico se restrinja àqueles dois pensadores inauguralmente citados, com especial ênfase para a obra de Beccaria.

2.1.1. BECCARIA: O INÍCIO DA INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA EM MATÉRIA PENAL

Pois bem. Cesare Bonesana³⁸, o Marquês de Beccaria, é o mais relevante expoente do Iluminismo Penal. O jovem autor escreveu o tratado “Dos delitos e das penas” entre os anos de 1763 e 1764 e veio a publicá-lo, sob anonimato – por receio da repressão clerical³⁹ –, em 12 de abril de 1764. Logo após, recebeu variadas críticas⁴⁰: algumas elogiosas

³⁸ Recorre-se, para uma soma da biografia, ao Novíssimo Dicionário de Economia (SANDRONI, 1999, p. 49): “Criminalista e economista italiano. Foi um dos primeiros a tratar do comércio internacional, a defender a aplicação da matemática à economia e analisar a função do capital e a divisão do trabalho. Suas aulas na cadeira de economia política da Universidade de Milão foram publicadas postumamente (1824) sob o título *Elementi di Economia Pubblica* (Elementos de Economia Pública). Na obra *Dei Delitti e delle Pene* (Dos Delitos e das Penas), de 1764, Beccaria condena o sistema penal e penitenciário da época, sobretudo os processos secretos, as torturas e a desigualdade das penas em função de diferenças de classe social. A partir dessa obra, foram criados os fundamentos jurídicos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento básico da Revolução Francesa”.

³⁹ Diz o próprio Beccaria (2000, p. 14): “constatei [...] os perigos que a minha opinião pode ocasionar”.

⁴⁰ É interessante observar que, pelo menos formalmente, Beccaria (2000, p. 14) se mostrava receptivo às críticas que lhe eram dirigidas: “Se desejarem dar ao meu livro a honra de uma crítica, não principiêm atribuindo-me preceitos contrários à virtude ou à religião, porque esses preceitos não são os meus; em vez de me apontar como ímpio ou sedicioso, contentem-se em demonstrar que sou mau lógico, ou ignorante em matéria política; não tremam a cada proposição em que faço a defesa dos interesses da humanidade; constatei a inutilidade de minhas máximas e os perigos que a minha opinião pode ocasionar; façam com que eu veja as vantagens das lições recebidas. [...] Aquele que fizer a sua crítica com a decência e o respeito que os homens honestos se devem entre si, e aquele que tiver esclarecimento suficiente para não me obrigar a demonstrar os princípios mais elementares, de qualquer natureza que seja, encontrará em mim um homem

(a ponto de merecer as congratulações dos enciclopedistas iluministas e de outros intelectuais, como Voltaire), outras nem tanto. Harcourt (2011, p. 39-41, 53), por exemplo, retrata a obra – o mais famoso texto setecentista sobre punições – como “um tratado conciso que se tornaria a joia do Iluminismo italiano e um texto clássico em matéria de penalidades modernas”. As críticas, por outro lado, derivaram sobretudo da igreja e dos economistas fisiocratas.

Vale mencionar, apenas para desde já ilustrar a estreita relação entre Direito Penal e a Ciência Econômica, que Beccaria foi professor de economia pública em Milão. O importante economista Schumpeter na história do pensamento econômico por ele delineada, aponta Beccaria como o Adam Smith italiano e Adam Smith como o Beccaria escocês (HARCOURT, 2011, p. 56); Sousa (1992, p. 118), de modo semelhante, afirma que as lições de Beccaria, “publicadas postumamente em 1804, antecipavam muitas das ideias de Smith e Malthus”.

Não à toa, o pequeno ensaio de Beccaria – “um manifesto em favor de reformas legais centradas nos valores iluministas da racionalidade, proporcionalidade, legalidade, leniência e Estado de Direito” (HARCOURT, 2011, p. 39 e 53) – logo tornou-se o mais significativo texto iluminista a versar sobre as punições. Com efeito, para os filósofos da *Encyclopédie*, o trabalho de Beccaria representou o resumo da razão iluminista no que toca às punições e uma garantia de liberdade.

Mais do que isso, como narra Harcourt (2011, p. 54), os filósofos da *Encyclopédie* foram os responsáveis pela propagação do trabalho de Beccaria, o qual, não obstante, foi criticamente anunciado na França como uma simples releitura de “O contrato social”, que Rousseau publicara em 1762⁴¹, e atacado na Itália como o trabalho de um socialista. Logo chamou a atenção dos enciclopedistas, a ponto de ser republicado em francês logo após a chegada da obra na França.

Tão logo traduzida para o inglês, a obra do pensador italiano inspirou profundamente tanto Blackstone – que aderiu a Beccaria sobretudo no que diz respeito à proporcionalidade e à certeza das punições, à justiça preventiva e às penas capitais – quanto Bentham (HARCOURT, 2014, p. 41).

A propósito, Bentham redigiu o manuscrito de seu primeiro trabalho, *Rationale for punishment* (“Fundamentos para a punição”, em

menos apressado fazer a defesa de suas opiniões particulares do que um tranquilo amigo da verdade, pronto a confessar seus erros”.

⁴¹ Barros (2011, p. 769) indica que o trabalho de Beccaria de fato se inspirou na obra de Rousseau.

tradução livre), em 1775, logo após ter contato com a obra de Beccaria, com quem majoritariamente concordou (HARCOURT, 2011, p. 36). Com efeito, Beccaria influenciou significativamente aquele pensador inglês, tanto em seus trabalhos relativos às punições, quanto em sua abordagem filosófica. Ademais, é de Beccaria que Bentham extrai a aplicação de cálculos matemáticos no campo dos assuntos morais. O pensador italiano, vale reportar, enfatizou a importância do rigor matemático, que deveria ser aplicado a todas as matérias penais.

Mais que isso, Beccaria estabeleceu, em sua obra (2000), outras regras que influenciaram fortemente Bentham e outros teóricos utilitaristas. A propósito, o pensador italiano sugeriu, em seu trabalho, que a certeza da punição se destaca em relação a sua severidade; que quanto mais severa a pena, mais provavelmente o criminoso cometerá mais crimes para evitá-la; e que a tentativa deveria ser punida menos severamente em relação a um crime completo a fim de incentivar o culpado a não completar o crime – uma vez mais, como observa Harcourt (2011, p. 58), trata-se da noção de dissuasão marginal, significativamente influente sobre os teóricos subsequentes. É daí que surge a “moral aritmética” de Bentham, consistente no cerne da filosofia utilitária por ele desenvolvida.

Também o próprio Beccaria, a propósito, revelava-se utilitário: “todo o bem-estar possível para a maioria” (BECCARIA, 2000, p. 16), pregava o jovem filósofo italiano. Dizia ele, ainda, pioneiramente (HARCOURT, 2011, p. 59), que “o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis” (BECCARIA, 2000, p. 69). Trata-se da essência do utilitarismo lançada já na obra de Beccaria, a qual ressoará, mais tarde, com maiores e mais profundas minúcias, em Bentham.

Conquanto se valesse teses utilitaristas – o que o alçou à condição de um *founding father* mediato da AED –, Beccaria também adotava o ideário contratualista – derivado sobretudo de Montesquieu (BECCARIA, 2000, p. 17) e Helvétius (CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008, p. 275) –, a ponto de se poder adjetivar de contratualismo penal a teoria cristalizada em seu “Dos delitos e das penas” (2000).

A adoção de uma base filosófica contratualista é evidente no ponto em que Beccaria (2000, p. 19) afirma que “a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir” e, ainda, quando assevera que “a soberania e as leis nada mais são do que a soma das pequenas partes de liberdade que cada qual cedeu a sociedade” (BECCARIA, 2000, p. 51). Trata-se do contratualismo, pois, aplicado aos delitos e às penas.

Como descreve Walklate (2007, p. 18-19), Beccaria argumentava que havia efetiva relação contratual entre o indivíduo e o Estado, a qual era mantida a fim de evitar o caos. Como parte dessa relação, os indivíduos concediam parte de suas liberdades em prol do interesse do bem comum. Assim, o pensador italiano acreditava que as leis deveriam ser escritas, de modo que os indivíduos soubessem como agir.

Nesse peculiar amálgama entre utilitarismo e contratualismo – “duas teorias que entrarão para os anuários da história do pensamento político como mutuamente excludentes” – promovido por Beccaria, “a base do raciocínio é a pressuposição da racionalidade individual ou da condição natural do homem como ser racional” (CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008, p. 275-276).

É, portanto, a racionalidade humana que, apesar do aparente paradoxo, constitui o ponto de intersecção facilitador do diálogo, na obra de Beccaria, entre o utilitarismo e o contratualismo. Além disso, Castro e Dal Ri Júnior (2008, p. 275-276) observam que é precisamente a partir dessa assunção quanto à racionalidade humana que se constrói a organização social, na medida em que se imputa ao Estado a função de guiar a sociedade com fins utilitaristas – isto é, promover a maior felicidade possível do maior número de indivíduos –, mediante a manipulação dos objetos que afetam a sensibilidade humana de modo que se obtenha dos homens a conduta que deles se espera.

A teoria de Beccaria constitui-se, portanto, de uma até então inédita fusão entre premissas utilitárias e contratualistas. Essa convergência teórica possibilitou que a obra do pensador italiano fosse, a um só tempo, inspiradora do Iluminismo Penal e do Utilitarismo – duas vertentes teóricas antagônicas, em tese, sobretudo na medida em que os utilitaristas rejeitam as teorias contratualistas, por as considerarem meras ficções inúteis (HARCOURT, 2014, p. 40-45).

Além das premissas contratualistas e utilitárias, a questão do cálculo racional executado pelos homens – seres profundamente racionais – era essencial para Beccaria (e será essencial para os seus seguidores, como Bentham, alguns anos depois, e Becker, dois séculos mais tarde). Com efeito, Harcourt (2014, p. 47) aponta que Beccaria cunha, em sua obra, o princípio da dissuasão racional, que se tornaria, mais tarde, pedra angular no modelo econômico de crime e punição. Afirmava o filósofo italiano:

Com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é

útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que levam os homens a se reunir em sociedade (BECCARIA, 2000, p. 23-24).

Com efeito, e como narra Harcourt (2011, p. 58), Beccaria foi um dos primeiros teóricos da escolha racional nos crimes e punições, e seus escritos adotam como premissa a consideração de que os homens são perseguidores do prazer interessados em si próprios.

Exatamente em razão da adoção da racionalidade dos agentes como um de seus pressupostos, a obra de Beccaria é celebrada EUA – berço da AED – como a primeira análise econômica do crime. Em parte, isso deve ser creditado a Bentham, que remeteu muitos de seus maiores *insights* a Beccaria – incluindo a assunção segundo a qual o fundamento da moral e da lei é a maior felicidade do maior número de pessoas. Harcourt (2011, p. 56) arremata que o tratado de Beccaria foi a pedra angular para a concepção da “moral aritmética” de Bentham, a qual, por sua vez, constitui o cerne da filosofia utilitária por ele desenvolvida.

Essa racionalidade vincula-se intimamente ao efeito dissuasório das penas, como explica próprio o autor italiano:

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais o homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões (BECCARIA, 2000, p. 24).

O filósofo italiano pregava, ainda, que “um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos pela esperança de ficarem impunes” (BECCARIA, 2000, p. 38). Em termos mais elaborados, Beccaria (2000, p. 49) expõe o mesmo raciocínio páginas adiante:

Das simples considerações das verdades até aqui expressas advém a evidência de que a finalidade das penas não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.

Como pode um organismo político que, em lugar de se dar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente em colocar um freio nos particulares, exercer crueldades inócuas e utilizar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia

dos tiranos? Poderão os gritos de um desgraçado nas torturas tirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já praticada? Não. Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

Outro fator essencial em Beccaria (2000, p. 66) era a assunção de que “a melhor maneira de impedir o delito é a perspectiva de um castigo certo e inexorável”. O pensador italiano alude, em outros termos, àquilo que séculos mais tarde se trataria como a punição esperada; cuida-se, portanto, paradigma que centenas de anos adiante ressoaria na obra de Becker.

A propósito, é possível afirmar que a inovação de Beccaria consistiu na extensão da racionalidade econômica tipicamente mercadológica para a esfera penal (HARCOURT, 2011, p. 73-74 e 103). De fato, a ideia da aplicação da lógica de custo-benefício à esfera penal já se fazia presente na obra de Beccaria. Como conclui Harcourt (2014, p. 51), Beccaria é, talvez, o primeiro pensador a desenvolver um modelo matemático para refletir acerca da criminalidade.

Se Beccaria é um pioneiros na promoção do diálogo entre o Direito e a Economia, também Bentham – discípulo do próprio Beccaria – é apontado como responsável pelo lançamento de algumas das principais bases teóricas que, séculos mais tarde, dariam sustento à AED.

2.1.2. BENTHAM: O DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO ÂMBITO PENAL

Jeremy Bentham⁴² – tanto quanto Beccaria –, valia-se do utilitarismo: enquanto o pensador italiano abordava os crimes e punições

⁴² Síntese da vida de Bentham pode ser encontrada no Novíssimo Dicionário de Economia (SANDRONI, 1999, p. 52): “Filósofo, jurista e economista inglês, criador do utilitarismo. Em 1787, escreveu *Defence of Usury* (Proibição da Usura), onde se alinha com Adam Smith, a favor da liberdade de iniciativa econômica do indivíduo. Com *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (*Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*), de 1789,

pelo utilitarismo, o filósofo inglês adotava o utilitarismo como princípio normativo para reconstrução da política e do Direito.

Vale dizer que, a despeito de algumas mínimas divergências entre as obras de Beccaria e Bentham – como quanto à opinião de que os criminosos não deveriam ser encorajados a trair um ao outro (HART, 1982, p. 48)⁴³ –, foi bastante marcante e evidente a influência daquele sobre este.

Na esfera penal, a influência de Beccaria em Bentham – o fundador do utilitarismo (RAMOS, 2006, p. 69) – foi primordial não apenas em relação à assunção utilitária central de que os indivíduos racionalmente

Bentham expôs a doutrina utilitarista que o tornaria célebre. Considerando que apenas o egoísmo e a busca da felicidade motivam a conduta humana, defendia um sistema de governo que harmonizasse os interesses, garantindo a maior satisfação possível ao maior número de pessoas. Em *Plan of a Parliamentary Reform, in the Form of a Catechism (Plano de Reforma Parlamentar, sob a Forma de Catecismo)*, de 1817, propôs reformas democráticas do sistema político inglês, defendendo eleições anuais, sufrágio universal e voto secreto”.

⁴³ Além disso, Bentham critica o recurso de Beccaria a elementos metafísicos – fontes falsas e de má metafísica, pensava o jurista inglês – tais como a teoria do contrato social e elementos como direitos naturais e a “natureza das coisas”; o autor inglês aponta que tais termos abstratos não podem ser traduzidos na linguagem da utilidade. Hart (1982, p. 46-51) pondera, ainda, que, nos pontos em que Beccaria e Bentham diferem, tal diferença vincula-se à convicção do pensador italiano segundo a qual o que deve ser feito em prol da utilidade deve ser limitado por aquilo que se adéqua à dignidade humana. Além disso, Bentham considera a justiça como um aspecto subordinado à utilidade, ao passo que Beccaria contrapunha tais elementos. Assim, se Beccaria de fato era utilitário, seu utilitarismo seria qualificado de formas que Bentham conceberia absurdas. De todo modo, se forem considerados os princípios gerais de acordo com os quais deve ser determinada a severidade da pena, verifica-se significativa concordância entre Bentham e Beccaria. Com efeito, Bentham explicitamente reconheceu seu débito com Beccaria em um largo espectro de questões, mas o paralelo é claro pelo próprio texto. Muitas das teorias penais que Bentham articulou – incluindo seu *insight* central quanto à dissuasão marginal – podem ser identificadas no pequeno tratado de Beccaria. A propósito, a ideia de Bentham de que quanto menor fosse a probabilidade de apreensão, maior seria a punição ótima – uma concepção central para a moderna análise econômica do crime e da punição – já fora examinada por Beccaria. Similarmente, no que diz respeito ao *insight* de Bentham segundo o qual as multas são preferíveis ao aprisionamento (se o condenado pode pagar) – o que seria repetido pelos posteriores proponentes da *Law and Economics* –, Beccaria também já incursionara nesse território (HARCOURT, 2011, p. 106).

buscam prazer e evitar dor, mas também no que diz respeito ao *insight* central relativo à medida da dor e do prazer (HARCOURT, 2011, p. 104).

Além disso, Bentham – assim como economistas liberais contemporâneos – retrata Beccaria como um *founding father* (HARCOURT, 2011, p. 76)⁴⁴.

Da mesma forma, também com base em Beccaria, Bentham advogava que o direito de punir era um mal necessário: mal em que a punição é necessariamente tirânica e, portanto, má; mas necessário no sentido de que é a única forma de conter os homens (HARCOURT, 2011, p. 58).

É evidente, aí, a aproximação existente entre Beccaria e Bentham, sobretudo no que toca à limitação do poder punitivo estatal por meio de preceitos econômicos.

Além disso, tanto em Bentham quanto em Beccaria – que, neste tópico, já prenunciava o utilitarismo inglês –, a pena tinha destacado caráter prospectivo: olhava para a frente, jamais para trás, sempre com o objetivo de prevenir futuros atos similares àquele crime cometido pelo agente que se está a punir (HARCOURT, 2011, p. 58).

Assim, Bentham, tal como Beccaria, desenvolveu singular compreensão econômica do Direito que conectava as sanções em proporção com a severidade dos crimes (DILTS, 2009, p. 82). A proporcionalidade era, de fato, um dos elementos econômicos mais ressaltados por ambos os pensadores. Com efeito, o penalista inglês recebeu bem a insistência na necessidade de proporção entre o crime e a punição (HART, 1982, p. 49). Assim, para Bentham, o Código Penal era um catálogo de preços em cujos termos o Estado mensura o valor do delito; dessa forma, quando Bentham se refere ao Código Penal como um “*menu de preços*”, Harcourt (2011, p. 35-39) afiança “ele está falando a linguagem dos preços, da escolha racional, da economia. A racionalidade econômica agora adentra a esfera penal”.

Nesse “catálogo de preços”, o critério para a punição vislumbrado por Bentham dizia respeito, assim, à proporcionalidade, acima de qualquer outro fator. Exatamente por isso, o pensador inglês rejeitava a noção de vingança⁴⁵ (DIAS, 2006, p. 175).

⁴⁴ Para uma investigação mais detalhada quanto à influência de Beccaria sobre Bentham, consulte-se o capítulo II, “*Bentham and Beccaria*”, da obra “*Essays on Bentham*”, de Hart (1982). Vale apenas observar que, como observa Hart (1982, p. 40), o débito de Bentham a Beccaria é grande e bastante conhecido.

⁴⁵ Acerca da vingança no Direito Penal, em uma perspectiva histórica, discorre Noronha (1991, p. 20): “a história do direito penal é a história da humanidade.

Além da proporção entre crimes e penas, a questão atinente à racionalidade dos agentes, que era central na obra de Beccaria, também o é na obra de Bentham. Pode-se concebê-la, ao lado da proporção entre os crimes e as penas – o princípio da proporcionalidade, presente tanto em Beccaria quanto em Bentham – como um dos elementos econômicos que marcam a obra dos pensadores em questão.

A propósito, no que tange à racionalidade dos indivíduos, Posner (2010, p. 5) afirma que se pode situar Bentham “na alvorada do pensamento econômico moderno”, em razão de sua crença no pressuposto de que “os indivíduos, em todas as esferas da vida humana, buscam o máximo de sua satisfação”.

Novamente à moda de Beccaria, Bentham impingia às suas obras um impulso econômico utilitário e reformista, que seria resgatado quase dois séculos mais tarde por Becker. Afirma-se, a propósito, que “Becker e companhia veem a si próprios como reformadores racionais da punição, como o fizeram Bentham e Beccaria”⁴⁶ (DILTS, 2009, p. 83-89).

Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou [...]. Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado”. Também Becker (1974, p. 44), em seu mais célebre ensaio sobre a teoria econômica do crime, observa que a vingança ocupou lugar de destaque na história do Direito Penal: “vingança, dissuasão, segurança, reabilitação e compensação são talvez os mais importantes dos muitos desideratos das penas propostos ao longo da história”.

⁴⁶ Beccaria (2000, p. 16 e 27), por exemplo, afirmava: “Não houve um que se erguesse, senão francamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descurada em toda a Europa. Raramente se procurou desarraigar, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há muitos séculos; e muito poucas pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos”. E quanto à necessidade de reformar o sistema penal então vigente, prossegue o autor lombardo: “O sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convite; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado”.

A utilidade, vale conceituar – na medida em que se trata de conceito bastante caro à obra de Bentham, como também o é o “princípio da maior felicidade” (HART, 1982, p. 1) –, é “a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade [...] ou [...] a impedir que aconteça o dano, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado” (BENTHAM, 2000, p. 262).

Embora haja dissidências entre tais correntes teóricas – evidenciadas sobretudo na obra “A Economia da Justiça”, de Posner (2010) –, é possível afiançar que a AED e o utilitarismo (que encontra em Bentham um de seus grandes expoentes) comungam da concepção segundo a qual o Direito comina benefícios e sanções às condutas, o que deve se dar sempre com vistas à maximização do bem-estar geral. Medema (2007, p. 32) afirma, exatamente por isso, que a tradição utilitária associada a Bentham defende que o fim último das ações individuais e sociais é a promoção da maior felicidade entre os membros da sociedade. Com efeito, é este o conceito central do utilitarismo: “os métodos, as ideias, os conceitos, devem ser medidos por sua utilidade. É a utilidade que define o valor de uma ideia” (RAMOS, 2006, p. 66).

Exatamente nesse sentido, afirma Dias (2006, p. 195):

Bentham, por assumir que o princípio da utilidade aponta sempre na direção de resguardar, da melhor forma possível, a felicidade da comunidade, devido ao fato de admitir que uma ação é boa quando pesa para o prazer, coloca este princípio como a norma para julgamento do que é certo e errado.

A utilidade permeia até mesmo a noção – semelhante à concepção contratualista – de que os indivíduos cediam parte de sua liberdade em favor do Estado e de uma vida pacífica. Como delinea Ramos (2006, p. 67), Bentham

[...] sustenta que a limitação da liberdade de cada um, proporcionada pela organização da sociedade em Estado, ocasiona um sofrimento e o corte da porção de prazer que o indivíduo poderia gozar, caso Estado não houvesse; mas essa limitação e a redução da possibilidade do prazer viabilizam a vida em sociedade; uma espécie de contabilidade e valoração dos prazeres e incômodos dos homens em sociedade.

Nesse contexto, o Panóptico – descrito por Ramos (2006, p. 68) como uma “solução arquitetônica para a administração prisional que, segundo [Bentham] idealiza, viabiliza a restrição da liberdade com o mínimo de infligência de sofrimento e com o objetivo sempre presente de evitar um mal maior” – é criado por Bentham na perspectiva utilitarista de organização da vida em sociedade e revela, desde já, a preocupação do pensador inglês com a eficiência do sistema penal.

Nesse sentido, a leitura de Beccaria sugeriu a Bentham a forma como deveria ser utilizado, na concepção de boas leis, o princípio cristalizado na expressão “a verdade sagrada de que a maior felicidade do maior número de pessoas é o fundamento da moral e da legislação”; dita aplicação, a propósito, foi extraída por Bentham do pequeno tratado de Beccaria, no qual a precisão e a clareza dos cálculos matemáticos incontestáveis foi inauguralmente introduzida no campo da moral (HART, 1982, p. 40). Exatamente por isso Harcourt (2011, p. 104) afirma que, com pequenas exceções, Bentham reflete o pequeno tratado de Beccaria no que diz respeito aos crimes e punições. Com efeito, como esclarece Hart, Bentham refere-se à ênfase dada por Beccaria à distinção – que qualquer ordenamento jurídico-penal racional deve fazer – entre as propriedades da punição tais como a intensidade, a duração, a certeza e a proximidade.

O pensador inglês generalizou essa concepção, de modo a aplicá-la não somente às punições, mas a todos os prazeres e dores; é daí que se extrai a moral aritmética de Bentham.

A teoria econômico-criminal de Bentham – e mesmo a de Beccaria, à qual o pensador inglês se filiou por completo (HARCOURT, 2011, p. 35) –, porém, diverge sensivelmente daquela desenvolvida por Becker na medida em que aqueles pensadores modernos tinham por objetivo a completa extermínio exaação dos crimes, ao passo que o economista norte-americano concebe que haja uma quantidade aceitável de crimes, uma vez que, a partir de tal número, os custos da repressão passam a ser socialmente mais danosos que os próprios crimes (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 8).

Ainda assim, a despeito das divergências, a análise utilitária do crime e da punição empreendida por Bentham é usualmente caracterizada como inspiração para a AED, sobretudo porque, como registra Harcourt (2011, p. 104), o filósofo inglês é tido como responsável por estender a racionalidade econômica para o campo do crime e da punição.

Particularmente em relação ao utilitarismo, é possível dizer que se trata de uma filosofia prática. Por meio de seus postulados fundamentais, como o “princípio da utilidade” e o cálculo dos prazeres, pretendeu propor

leis e políticas tendentes a realizar o ideal utilitarista na prática (RAMOS, 2006, p. 70) – exatamente como se verifica, séculos mais tarde, em relação à Teoria Econômica do Crime.

Ainda no que toca à influência do utilitarismo sobre o sistema penal, extrai-se da leitura empreendida por Foucault (2008, p. 340) que, “filtrando assim toda a prática penal através de um cálculo de utilidade, o que os reformadores buscavam era precisamente um sistema penal cujo custo [...] fosse o mais baixo possível”.

Essa questão dos custos, estritamente vinculada ao bem-estar social, é bastante relevante para a Teoria Econômica do Crime – ou melhor, para a AED em geral –, em herança oriunda exatamente do utilitarismo de Bentham.

De qualquer forma, o essencial, em relação aos dois autores aqui abordados, é observar que ambos estendem a racionalidade econômica para um campo tradicionalmente não-econômico – o do crime e das punições. De fato, como observa Hart (1982, p. 48), tanto Beccaria quanto Bentham consideravam vital que os homens conhecessem de antemão as leis e os custos decorrentes de sua desobediência.

É nessa medida, portanto, que Beccaria e Bentham fundam as bases filosóficas que mais tarde serviriam de esteio para o surgimento e a consolidação daquela Escola que hoje se conhece como Análise Econômica do Direito, especificamente da Teoria Econômica do Crime.

Assim, exposto o *iter* histórico que culminou no surgimento da AED, apresentado o panorama atual dos estudos de Direito e Economia, lançados os pressupostos teóricos e apresentada a origem da Teoria Econômica do Crime, passa-se ao desenvolvimento das assunções ínsitas a tal ramo dos estudos jurídico-econômicos.

2.2. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME A PARTIR DE GARY BECKER⁴⁷

Se as mais remotas origens da Teoria Econômica do Crime remetem a Beccaria e Bentham – que aprofundaram a restrição do uso de sanções às situações em que elas provocam dissuasão –, o florescimento definitivo dessa teoria deve ser creditado a Gary Becker.

⁴⁷ Adotando sugestão metodológica que se colhe de Vecchio Jr. (2012, p. 10), vale mencionar que, “dentre os vários pontos apontados no trabalho de Gary Becker, o presente trabalho limita-se apenas a seus argumentos centrais; não são abordados, por exemplo, o denso cabedal matemático que sustenta suas afirmações, além de toda a discussão em relação às penas pecuniárias”.

O economista norte-americano, nascido em 1930 e falecido em 2014, redigiu, em 1968, o ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”⁴⁸ – o qual Posner (1993, p. 211) qualifica como o mais importante dos estudos de Becker⁴⁹.

Com este escrito, o economista norte-americano, então Professor da Universidade de Chicago, lançou as bases fundamentais da análise econômica dos crimes e das punições e deu o impulso determinante para o surgimento da Escola de pensamento jurídico-econômico hoje conhecida como Análise Econômica do Direito.

2.2.1. O VANGUARDISMO DE BECKER: A EXPANSÃO DA ABORDAGEM ECONÔMICA A ÂMBITOS ATÉ ENTÃO INEXPLORADOS

Introdutoriamente, vale enfatizar que o papel fundamental exercido por Becker em meio à AED não se circunscreve à sua colaboração no âmbito dos crimes e das penas. Mais do que isso, a obra do economista norte-americano ilustra a redefinição ocorrida na seara da Ciência Econômica por força da AED. Com efeito, o ensaio de 1968 – “*Crime and punishment: an economic approach*” – deu origem não apenas a uma considerável literatura empírica acerca da dissuasão⁵⁰, como também desafiou e alterou o consenso sociológico e criminológico acerca da dissuasão, além de impulsionar uma literatura teórica que refinou e estendeu o modelo original de Becker acerca do crime e das punições ótimas e focou-se, além disso, em temas tais como o processo penal e a estrutura econômica do Direito Penal.

⁴⁸ A versão do ensaio de Becker que aqui se utiliza é aquela que foi publicada em coletânea de artigos atinentes à abordagem econômica dos crimes e das punições, denominada “*Essays in the economics of crime and punishment*” (“Ensaio acerca da economia dos crimes e das punições”, em tradução livre) e organizada pelo próprio Becker e por Landes, a qual foi publicada em 1974. Dita coletânea contém, para além de escritos de autoria de Becker e de Landes, trabalhos de Stigler, Ehrlich e Posner.

⁴⁹ Para além de tal ensaio, Becker publicou outros dois relevantes escritos que tangenciam a Teoria Econômica do Crime: um referente à pena de morte; outro – escrito em coautoria – relativo à criminalização das drogas. Ambos serão explorados mais detidamente no Terceiro Capítulo deste trabalho.

⁵⁰ A respeito do desenvolvimento de estudos empíricos, Becker (1997, p. 52) argumenta que uma relação estreita entre a teoria e os testes empíricos evita que tanto a pesquisa teórica quanto a pesquisa empírica sejam estéreis.

Como Dills, Miron e Summers (2010, p. 269) apontam, os economistas em geral, desde a publicação do artigo seminal de Becker acerca do modelo econômico de crime, têm empreendido significativo esforço para aferir a sua validade empírica. Boa parte dessa pesquisa examina a dissuasão, isto é, a ideia de que dada política pode reduzir o crime mediante aumento nos custos esperados pelos agentes econômicos potencialmente criminosos. Tal literatura foca-se, em particular, em taxas de prisão e encarceramento, níveis de policiamento e punições como a pena de morte (vigentes em alguns dos estados norte-americanos). Consideráveis pesquisas adicionais, ainda que não digam respeito diretamente à dissuasão, levam em conta hipóteses derivadas de modelos econômicos e utilizam técnicas estatísticas às quais economistas comumente recorrem. Tais hipóteses incluem, entre outros fatores, o papel da legalização do aborto⁵¹, as leis acerca de armas de fogo e a proibição das drogas.

Posner (2010, p. 5) ainda afirma que, a despeito da existência de predecessores, “o renascimento moderno do interesse pela aplicação da economia ao comportamento não mercadológico se inicia com Gary Becker”. Posner ainda narra que, após a publicação de sua tese doutoral, Becker conduziu a Ciência Econômica por caminhos até então não traçados, sobretudo em relação a questões sociais cujo alcance ia além daquelas tradicionalmente analisadas pelos economistas; são diversos os exemplos: educação, fertilidade, utilização do tempo nas tarefas domésticas, comportamento dos criminosos e dos promotores públicos, caridade, caça na pré-história, escravidão, suicídio, adultério e até mesmo o comportamento de ratos e pombos.

Como se afiançou, foi exatamente essa transposição da racionalidade econômica a comportamentos não mercadológicos, como crime e punição, mas também casamento ou discriminação racial – o que promoveu uma incursão ainda maior da Economia na arena penal – o motivo pelo qual Becker foi laureado com o prêmio Nobel de Economia.

⁵¹ Em referência a pesquisa desenvolvida por Donohue e Levitt, Winter (2008, p. 18) afirma que um dos mais interessantes e controversos estudos na literatura da Teoria Econômica do Crime desde a década de 1990 levanta simples – mas chocante – indagação: o aumento nos abortos reduz futuras taxas de criminalidade? Como Winter narra, um dos autores do mencionado estudo – Levitt – publicou *best-seller* que enfatizou esse vínculo entre crimes e abortos, e, de repente, a Teoria Econômica do Crime ganhou atenção em todos os Estados Unidos da América. Vale dizer que se trata do célebre livro “*Freaknomics*” (DUBNER; LEVITT, 2005).

O próprio Becker (1997, p. 38 e 42) afirma que a sua pesquisa aplica abordagem econômica a questões sociais para além daquelas usualmente consideradas pelos economistas e, ademais, sustenta que uma das razões pelas quais a abordagem econômica é tão influente é a possibilidade de utilizar o mesmo aparato de análise para estudar o *enforcement* de todas as leis, aí incluídas a legislação de salário mínimo, regulamentos de pureza do ar, leis de seguro e leis sobre crimes tributários.

Especificamente quanto à Teoria Econômica do Crime, Posner (2010, p. XII) afirma que consiste, basicamente, na concepção de que “o crime e a punição podem ser formulados em termos econômicos”. Ainda é interessante observar que, desde a publicação do artigo seminal de Becker em 1968, aquela teoria floresceu significativamente e se consolidou como um importante ramo da AED.

Coelho (2007, p. 7), por sua vez, afiança que Becker aplicou a teoria neoclássica dos preços – que coincide, em grande parte, com a Microeconomia – ao estudo dessas variadas matérias.

O objetivo dessa “nova Economia” – que, se não é inaugurada por Becker, ressoa significativamente em suas obras – é, para Posner (2010, p. 6), a redefinição da Ciência Econômica como o estudo da deliberação racional, não restrita ao mercado. No mesmo sentido, Pietropaolo (2009, p. 119) salienta que Becker inicia a expansão da abordagem econômica, sobretudo ao passar a definir a Ciência Econômica não mais pelo objeto, mas pelo método.

Com efeito, o próprio Becker (1976, p. 5), em trabalho sugestivamente intitulado “*The economic approach to human behavior*” (“A abordagem econômica ao comportamento humano”, em tradução livre), sustenta que a abordagem econômica é inequivocamente poderosa porque pode integrar um espectro amplo de comportamento humano. Essa análise econômica não se restringe, pois, ao comportamento mercadológico, tampouco àquelas áreas em que já se fazia presente até a primeira metade do Século XX.

Muito pelo contrário, Pietropaolo (2009, p. 119) relata que, a partir dos trabalhos de Becker, houve “progressiva e ininterrupta linha de expansão do método econômico em direção a outros conhecimentos, abrangendo inclusive o direito”.

Dessa forma, com a impulsão determinante dada por Becker, a compreensão dos fenômenos jurídicos passa a ser elaborada através dos modelos e métodos econômicos – os quais, em verdade, passam a não mais se circunscrever à Economia, na medida em que são utilizados também para a abordagem econômica do Direito.

Nesse contexto, Sousa (1992, p. 118) vaticina que a Ciência Econômica poderia reaver o papel fundamental por ela outrora ocupado, em movimento impulsionado por Becker, cuja contribuição alterou, em definitivo, a contribuição dos fenômenos sociais.

E isso é, efetivamente, o que se verificou. A partir da expansão do paradigma econômico a áreas então inexploradas – impulsionado sobretudo pelas obras de Becker –, a AED passou a não mais encontrar limites para a sua aplicação. De qualquer forma, o foco deste trabalho é a Teoria Econômica do Crime, sobre a qual se passa a discorrer.

2.2.2. O SURGIMENTO DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE BECKER

À guisa de introdução à exposição atinente à Teoria Econômica do Crime, é interessante recorrer à narrativa que Becker (1997, p. 41) elabora quanto ao motivo pelo qual desenvolveu a sua Teoria Econômica do Crime. O estudioso relata que começou a refletir acerca dos crimes na década de 1960, após dirigir para a Universidade de Columbia para um exame oral de um estudante de Teoria Econômica. Naquela oportunidade, Becker estava atrasado e teve que decidir entre estacionar o carro em um estacionamento particular ou arriscar ser alvo de uma multa por estacionar irregularmente na rua. Narra, então, que calculou a probabilidade de ser multado, a dimensão da multa e o custo de colocar o carro em um estacionamento, motivo pelo qual resolveu arriscar-se e estacionar na rua – o que, no final das contas, não lhe rendeu uma multa. Mais ainda, Becker conta que, após andar algumas quadras até a sala de aula, lhe ocorreu que as autoridades da cidade provavelmente elaborariam o mesmo cálculo que ele formulou: a frequência da inspeção de carros estacionados e a dimensão da sanção imposta aos violadores dependeria das suas estimativas quanto ao tipo de cálculo que os próprios violadores – como ele próprio – fariam.

A análise econômica elaborada por Becker, vale recordar, tem origens nas obras de Beccaria e Bentham, os quais, a exemplo do economista norte-americano, também assumiam a racionalidade dos agentes como premissa basilar de suas teorias criminais – ambas embtidas em conceitos marcadamente econômicos. Como explica Harcourt (2011, p. 53-57) especificamente quanto à recepção do ideário desenvolvido pelo pensador italiano, o legado de Beccaria continua até o presente. Com efeito, pensadores da Escola de Chicago como Becker e Posner indicam Beccaria como o fundador, junto com Bentham, da abordagem econômica em relação a crimes e punições, ao passo que

estruturalistas como Foucault interpretam Beccaria como o teórico fundamental da disciplina e da arregimentação. Não à toa, nos EUA, a obra “Dos delitos e das penas” é celebrada como a primeira análise econômica do crime e Beccaria é reverenciado como o primeiro “economista” a ter aplicado a teoria das escolhas racionais ao campo do crime e da punição. Assim como Becker e Posner, Beccaria buscava estender a lógica da racionalidade econômica à esfera social – para a esfera do crime e da punição, em razão da crença de que a lógica da Economia deveria domar e civilizar a sociedade, poderia guiar nossas políticas no domínio social, além de diferenciar o certo do errado e a punição justa da injusta. Em sua *magnum opus*, o projeto do pensador italiano era precisamente o de estender a racionalidade econômica para a esfera penal, para, assim, alcançar o que se conquistara no campo das trocas comerciais.

Dessa forma, em resumo, a inovação de Beccaria, que foi estendida por Bentham e resgatada dois séculos mais tarde por Becker, representou a extensão da racionalidade econômica tipicamente mercadológica para a esfera penal (HARCOURT, 2011, p. 73-76). Portanto, a intervenção de Beccaria e de Bentham, no campo do crime e das punições, consistiu precisamente em aplicar a ideia de um mercado regulado às práticas punitivas, de modo a administrar a punição para torná-la proporcional e lógica. Não à toa, como Harcourt narra (2014, p. 51), Bentham e economistas liberais contemporâneos retratam Beccaria como um *founding father*, dada a sua proposta de extensão do modelo de ator racional – mais tarde seguida pela Escola econômica de Chicago – para as questões atinentes aos crimes e às punições. Com efeito, Beccaria entrou para a história como o primeiro economista a aplicar a teoria das escolhas racionais ao campo do crime e da punição, motivo pelo qual é retratado como o mais remoto precursor da análise econômica do crime: foi pioneiro na aplicação rigorosa das ferramentas e da lógica do cálculo utilitário às questões da justiça criminal.

A partir do resgate das lições de Beccaria e Bentham, a teoria econômica aplicada ao Direito Penal afigura-se, assim, como tentativa de racionalizar as políticas públicas existentes, tornar mais eficazes as normas penais e maximizar os resultados quistos pela sociedade. Em apertada síntese, a Teoria Econômica do Crime busca, portanto, a minimização dos delitos pelo menor custo possível.

Nesse mesmo sentido, Cooter e Ulen (2012, p. 532) asseveram que a Teoria Econômica do Crime é relevante para focalizar os problemas e as possíveis soluções, ao passo que a pesquisa empírica, em complemento, é necessária para sopesar as opções de políticas criminais

concebidas para minimizar os custos sociais do crime. E foi exatamente o trabalho de Becker que incentivou a produção de um substancial corpo de trabalhos empíricos acerca da economia do crime.

Como se ressaltou, o economista norte-americano, com seu ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, foi o precursor contemporâneo da Análise Econômica do Direito Penal, ao associar a prática de crimes com preceitos microeconômicos. O autor entende, a partir da Teoria Econômica do Crime por si cunhada, que há uma escolha racional e ocupacional entre o setor legal e ilegal da economia.

A propósito, vale ressaltar que o ensaio mencionado foi escrito por Becker – um economista – a partir, logicamente, de um ponto de vista econômico⁵². Assim, é natural que tal abordagem quanto aos crimes e às punições, por constituir um olhar (quase que exclusivamente) econômico – que, conquanto tangencie diversas reflexões jurídicas, lhes é alheio –, acabe por deixar lacunas que podem ser preenchidas pelos estudiosos do Direito, sobretudo de modo a estreitar ainda mais os laços entre as Ciências Jurídica e Econômica.

Resgate-se que Becker (1974, p. 4) pressupõe que o crime é uma atividade ou “indústria” economicamente relevante, conquanto negligenciada pelos economistas; conjectura, na sequência, que a negligência resulta de atitude que concebe a atividade ilegal como demasiadamente imoral para que receba uma atenção científica sistemática. Tal fenômeno, embora constatado nos EUA da década de 1960, é verificado também no Brasil, em que o estudo do crime sob a óptica econômica é, ainda hoje, muito incipiente, ressaltados os estudos de autores tais como Conti e Shikida.

Becker afirma (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6) ter criado, em sua obra, um modelo normativo bastante simples, em que a questão, no que toca às leis existentes – acerca das quais não se faz avaliação sobre serem boas ou não – é a seguinte: “qual é a maneira ótima de abordar esse tipo de problema?”. O autor esclarece que “ótima”, nesse contexto, envolve a integração de diferentes considerações, tais como o custo para a sociedade da violação das leis – aquilo que se chama de externalidades. Já em seu artigo seminal, Becker (1974, p. 43) descreve, de forma semelhante que decisões “ótimas” são interpretadas como decisões que minimizam a perda social decorrente dos delitos. Indaga-se, assim, qual é a melhor forma de dissuadir o comportamento dos

⁵² Harel (2014, p. 297) também enfatiza essa particularidade: observa que Becker não era um advogado criminalista, um político teórico ou um filósofo; ele escreveu apenas um artigo sobre o Direito Penal.

potenciais criminosos com os instrumentos disponíveis – isto é, a probabilidade de apreensão e condenação do agente, bem como a magnitude e a natureza das punições a serem impostas.

Com efeito, de forma a reforçar aquelas indagações lançadas por Becker em seu ensaio, Cooter e Ulen (2012, p. 454) afirmam que qualquer teoria do crime deve responder duas questões: “quais atos devem ser punidos?” e “em que extensão?”. A primeira questão clama por critérios distintivos de crime – o que é crime?⁵³ – e a segunda pugna pela dosagem das punições. A Teoria Econômica, sustentam os autores, fornece respostas mais convincentes e precisas a essas duas questões.

Também Becker (1974, p. 2) formula algumas indagações fundamentais. Em seu célebre escrito, o autor questiona o que determina a quantidade e a espécie dos recursos e punições utilizados para dar cumprimento à legislação criminal, bem como o motivo pelo qual há diferenças tão significativas na execução de diferentes formas de legislação. Assim, pretende investigar qual é a quantidade de recursos e qual a extensão da punição que devem ser utilizadas para executar as diferentes legislações criminais. Da mesma forma, questiona quantas ofensas devem ser permitidas e quantos ofensores devem ficar impunes. Becker formula, assim, uma medida de custo social decorrente dos crimes. Essa questão atinente ao custo da dissuasão é central para o economista norte-americano: o próprio autor ressalta que o método utilizado em seu trabalho formula uma medida da perda social decorrente dos delitos e indaga acerca daqueles investimentos em recursos e punições que minimizem essa perda⁵⁴. Logo, para ele, a efetividade da execução da legislação criminal depende, dentre outras coisas, do custo

⁵³ Esse questionamento – “o que é crime?” – toca exatamente no âmago deste trabalho. Se é bem verdade que o conceito positivo de crime já é bastante claro na obra de Becker (constitui crime a conduta à qual a lei comina sanção penal), o que se busca, aqui, é a identificação de um conceito normativo de crime: à luz da Teoria Econômica dos crimes e das punições – especificamente sob uma abordagem normativa –, o que deveria ser crime?

⁵⁴ Nesse sentido, e de forma a enfatizar a importância da aceção econômica de crime, Becker e Landes (1974, p. XIII) sustentam que a teoria econômica da alocação de recursos pode ser utilizada para analisar o *enforcement*, para prover *insights* quanto à operação do sistema legal e para derivar hipóteses testáveis para análise empírica. No mesmo norte, como descreve Landes (BECKER; LANDES, 1974, p. XIV), Becker utiliza a teoria econômica da alocação de recursos para desenvolver políticas públicas e privadas ótimas – isto é, aquelas que minimizam a perda social decorrente do crime – para combater atividades ilegais.

de detectar e condenar os ofensores, da natureza das punições e das respostas dos criminosos ao avanço na aplicação da lei criminal.

Vale observar, desde já, que Becker não incluiu entre os seus questionamentos de caráter normativo qualquer indagação atinente ao conceito de crime – isto, ao que é (ou deveria ser) tipificado como crime. E é exatamente sobre essa aparente lacuna que o presente trabalho se debruça, especialmente em seu Terceiro Capítulo.

De qualquer forma, como observam Cooter e Ulen (2012, p. 454), as respostas fornecidas àquelas questões explicitamente formuladas por Becker situam a Teoria Econômica do Crime na longa tradição do utilitarismo, que contrasta com a teoria moral denominada “retributivismo”, segundo a qual o Direito Penal deve fazer o que é moralmente correto, pouco importando a minimização dos custos sociais e a extensão da punição deve ser proporcional à severidade do crime ou da sua incorreção moral.

A propósito, a menção à moral torna oportuno afiançar que uma teoria preditiva do comportamento criminal (como é aquela proposta por Becker) supõe uma pessoa racional e amoral – isto é, alguém que determina os meios para atingir fins ilegais sem culpa ou objeções morais – que deve decidir se cometerá, ou não, um crime. Por isso mesmo, a teoria do economista norte-americano é um marco no pensamento jurídico-liberal, por ser, concomitantemente, amoral⁵⁵ e não coercitiva. Não há, portanto, juízo moral subjacente à acepção econômica do crime, assim como inexistente julgamento de valor sobre o caráter dos crimes.

Essa amoralidade, bastante evidente na Teoria Econômica do Crime contemporânea, também se fazia presente no utilitarismo concebido por Bentham; como Dias (2006, p. 198) relata, não há, para Bentham, ações intrinsecamente boas ou más, tampouco motivações boas ou más; o que efetivamente existe e deve ser levado em conta são as consequências dos atos, que podem ser intrinsecamente boas ou más, uma vez que somente elas possuem a capacidade de gerar prazer ou dor em um indivíduo.

A menção ao utilitarismo ainda permite resgatar que o apontamento básico segundo o qual as sanções devem ser dimensionadas para superar a probabilidade de que o indivíduo se evada da

⁵⁵ Quanto a esse caráter amoral, Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 9) registra que seu ensaio não adota um suporte moral no que diz respeito às leis e ao governo; apenas verifica como se pode afetar a aderência a tais leis.

responsabilidade por seus atos foi enfatizado por Bentham⁵⁶ – o grande pai do utilitarismo –, em suas considerações acerca do que hoje se entende como *law enforcement*⁵⁷. Becker (1974, p. 2), por sua vez, pioneiramente⁵⁸ abordou, dois séculos mais tarde, a questão da escolha social ótima da probabilidade do *enforcement*, ao incluir como uma das premissas iniciais de sua Teoria Econômica do Crime a assunção de que a obediência à lei não é tida por garantida, e recursos públicos e privados geralmente são gastos para prevenir delitos e apreender ofensores.

Muito embora a Teoria Econômica do Crime cunhada e desenvolvida por Becker tenha se originado do ideário de Beccaria e Bentham, há um ponto fulcral em que se verifica significativo afastamento entre os pensadores mencionados. Passa-se, então, a abordá-lo.

⁵⁶ Muito embora se possa afirmar que a obra de Bentham já debatia matérias que constituem antecedentes da discussão quanto ao *enforcement*, Garoupa (1997, p. 267) adverte que a literatura economia acerca do *enforcement* ótimo é bastante recente.

⁵⁷ Por não encontrar equivalente na língua portuguesa que traduza perfeitamente a sua acepção, a expressão *enforcement* (invariavelmente utilizada como *law enforcement*) não será traduzida no presente trabalho, na linha daquilo que se advertiu já na Introdução deste escrito. Cabe, todavia, elucidar o seu conceito, o que se faz com menção à lição proferida por Foucault (p. 347-348) em seu curso “O nascimento da biopolítica”: “Essa ideia de uma força da lei é traduzida [...] por esta palavra, que encontramos com tanto frequência, *enforcement*, e que se costuma traduzir por ‘reforço’ da lei. Não é isso. O *enforcement of law* é mais que a aplicação da lei, pois se trata de uma série bem diferente de instrumentos reais que se tem de pôr em prática para aplicar a lei. Mas não é o reforço da lei, é menos que o reforço da lei, na medida em que reforço significaria que ela é demasiado fraca e que é necessário acrescentar um pequeno suplemento ou torná-la mais severa. O *enforcement of law* é o conjunto de instrumentos postos em prática para dar a esse ato de interdição, em que consiste a formulação da lei, realidade social, realidade política, etc.”. Vale dizer que a própria obra “O nascimento da biopolítica”, em sua tradução para português, traduz *enforcement* para “enforço”; todavia, como o próprio Foucault ressalta, trata-se de um neologismo, que, por isso mesmo, não será utilizado na redação deste trabalho.

⁵⁸ Quanto ao pioneirismo de Becker, é possível afirmar, com Olsson (2012, p. 76), que o economista norte-americano foi “um dos primeiros a propor uma análise da criminalidade a partir da Economia – pelo menos de uma maneira sistematizada”.

2.2.3. DE BECCARIA E BENTHAM A BECKER: A DIVERGÊNCIA ESSENCIAL

A principal diferença entre a teoria desenvolvida por Becker e aquela defendida por Beccaria e Bentham – já relegada, nesse aspecto, pela moderna criminologia – consiste no fato de que estes penalistas consideravam possível erradicar completamente o crime, ao passo que o estudioso norte-americano concebia possível somente que se reduzisse a criminalidade até um patamar mínimo.

O afã de erradicar o crime pode ser identificado no seguinte excerto da obra de Beccaria (2000, p. 102):

Ainda que as leis da natureza sejam sempre simples e constantes, não impedem que os planetas mudem às vezes os movimentos rotineiros. Como poderiam, portanto, as leis humanas, no entrechoque das paixões e dos sentimentos opostos da dor e do prazer, impedir que não haja alguma perturbação e certo desarranjo na sociedade? Esta é, contudo, a quimera dos homens limitados, quando possuem algum poder.

Também Foucault (2008, p. 348) elucida essa pretensão de erradicação dos crimes de que partiam “os reformadores do Século XVIII”, em menção tanto a Bentham quanto a Beccaria:

Logo, uma política penal não vai ter por objetivo, ou por alvo, o que era o objetivo e o alvo de todos os reformadores do século XVIII, quando eles criavam seu sistema de legalidade universal, a saber, o desaparecimento total do crime. A lei penal, e toda a mecânica penal com que sonhava Bentham, devia ser tal que, no fim das contas, mesmo que na realidade isso não pudesse acontecer, já não houvesse crime.

Com efeito, Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 3) elucida esse afastamento entre Becker e os antecedentes da Teoria Econômica do Crime – Beccaria e Bentham – a partir de conexão entre Foucault e Becker: em linguajar econômico, trata-se da ideia de que a política pública ótima contra o crime não busca erradicá-lo, mas fazer com que a oferta do crime seja o menos atraente possível, sob determinadas condições. Segundo Ewald concebe, Becker salienta – mesmo que involuntariamente – uma importante preocupação de Foucault: o poder e seus limites. Esse campo de intolerância ao Estado –

que corresponde à parcela de crimes que não se deveria buscar erradicar – é, para Ewald, “parte dos nossos direitos, no sentido de um *Bill of rights*”.

Também com referência a Foucault – especificamente à obra “Segurança, Território e População” –, Dilts (2009, p. 80) afiança que a segurança não busca a anulação de um fenômeno mediante a sua proibição, mas através de uma “auto-anulação” do fenômeno, o que demanda, mais do que a imposição de uma lei que o proíba, a sua delimitação em patamares aceitáveis. Embora sob perspectiva ideológica diferente, Posner (1985, p. 1.215) parece concordar: afirma que, não fosse pelo alto custo das sanções penais, o nível ótimo de atividade criminal seria zero⁵⁹.

Dilts (2009, p. 85) ainda explica que não mais há uma preocupação em erradicar o crime, tampouco em relação aos criminosos, individualmente. As únicas questões relevantes são aquelas que operam ao nível geral da população, concernentes à taxa de criminalidade. Além disso, baseando-se nos pressupostos da teoria econômica neoliberal, o ponto de equilíbrio é informado por condições de mercado, jamais igual a zero. Tal como ocorre com outros fenômenos de mercado (por exemplo, emprego, inflação etc.), existe um nível de criminalidade acima de zero que pode ser concebido como uma taxa natural. E, sob a perspectiva do custo da completa eliminação dos crimes, é possível observar que a abordagem econômica ao problema da criminalidade não busca a sua completa erradicação – como o faziam os liberais clássicos –, uma vez que se trata de algo não somente difícil na prática, mas indesejável, na medida em que os custos se sobrepõem às vantagens, até porque, como descreve Dilts (2009, p. 90), a questão não é “como nos livramos dos criminosos”, mas “qual é a taxa de crimes aceitável (isto é, socialmente eficiente)?”.

Sob outra óptica, Winter (2008, p. 2) explica que, ainda que fosse tecnicamente possível eliminar o crime, isso não seria desejável em razão dos substanciais custos associados à prevenção do crime. Assim, se a Ciência Econômica consiste no estudo da alocação de recursos escassos, o crime é apenas um dos muitos problemas sociais para os quais se devem dedicar recursos limitados. Com efeito, os economistas liberais

⁵⁹ Da mesma forma, Cooter e Ulen (2012, p. 476) constroem raciocínio segundo o qual, uma vez que a dissuasão é custosa, a quantidade ótima de crimes sempre será superior a zero; assim, o fato de a dissuasão ser custosa impossibilita uma sociedade de eliminar inteiramente o crime. Além disso, se os custos da dissuasão aumentam, o mesmo ocorre com a quantidade ótima de crimes.

neoclássicos em geral não veem o crime como um fenômeno cuja completa erradicação faria do mundo um lugar melhor.

A principal divergência teórica entre Becker e os filósofos reformadores diz respeito, portanto, à (im)possibilidade de extinguir o crime por completo: o economista norte-americano, já no início de seu trabalho, admite que há uma quantidade ótima de crimes, ao passo que aqueles outros pensadores concebiam a possibilidade de extinção da delinquência mediante a apropriada utilização das leis penais.

Ainda quanto àquela divergência verificada, cabe nova remissão à obra de Foucault (2008, p. 350), de modo a ilustrar a concordância do pensador francês com aquela pretensão não totalitária – a qual admite a existência de quantidade ótima de crimes – encampada por Becker:

A boa política penal não tem em vista, de forma alguma, uma extinção do crime, mas sim um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa [...]. O que equivale mais uma vez a colocar como questão essencial da política penal não como punir os crimes, nem mesmo quais ações devem ser consideradas crime, mas o que se deve tolerar como crime. Ou ainda: o que seria intolerável não tolerar? É a definição de Becker em “Crime e castigo”. Duas questões aqui: quantos delitos devem ser permitidos? Segunda: quantos delinquentes devem ser deixados impunes? É essa a questão da penalidade.

Conti (2016, p. 13), acerca do afastamento entre o economista norte-americano e Beccaria e Bentham, registra que, para Foucault, a Teoria Econômica do Crime já de início elimina a projeção de uma sociedade totalitária em que houvesse intensa e implacável administração penal, com o controle de cada movimento dos cidadãos. Isso representa, portanto, aspecto em que o pensador francês admira e se aproxima da obra de Becker. Conti prossegue sua narrativa quanto à relação entre Foucault e a obra do economista norte-americano:

Como coloca Foucault, esse era o sonho dos reformadores jurídicos liberais do século XVIII, Beccaria e principalmente Bentham. A utopia da gestão utilitária dos crimes e punições de Bentham era a sociedade chegar num ponto em que nenhum indivíduo cometerá um crime pela certeza de que será pego e sofrerá algum tipo de punição. Becker, ao perguntar qual é a quantidade ótima de crime, já

assume de partida que isso é impossível. Há um nível de crime além do qual as técnicas de vigilância e punição deixam de ter efeito, tornando-se um fardo maior do que o próprio crime, e portanto não precisariam ser ampliadas.

Foucault aprecia, portanto, essa assunção de que o controle do crime deve ir somente até o ponto em que se reduza ao máximo o custo decorrente dos crimes – isto é, tanto o custo dos próprios crimes quanto o custo de sua prevenção.

Trata-se de aspecto que demarca com clareza o afastamento entre Becker e os pensadores que lhe inspiraram na criação da Teoria Econômica do Crime: Beccaria e Bentham.

De qualquer forma, vale mencionar que, a despeito dessa divergência quanto ao objetivo do *enforcement* e do equacionamento das variáveis atinente à probabilidade de condenação e às sanções, Beccaria (2000, p. 101) já abordava, em sua célebre obra, a maximização do bem-estar social como objetivo a ser perseguido:

É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males dessa existência.

Assim, verifica-se que mesmo no aspecto em que há significativa divergência entre Becker e os reformadores liberais dos séculos passados – atinente ao objetivo da política criminal – há uma convergência relevante, atinente à necessidade de maximização do bem-estar social. Evidentemente, essa convergência não surpreende, haja vista que é exatamente daqueles pensadores modernos que Becker extrai os principais fundamentos filosóficos de sua Teoria Econômica do Crime.

A propósito da relação entre Bentham e Becker, Medema (2007, p. 30) observa que a tradição de Chicago da AED ganhou muito de seu impulso original dos estudos de Coase, Becker e Posner, muito embora a inspiração original remeta à análise utilitária – essencialmente econômica – dos crimes e das punições empreendida por Bentham em seu *“Introduction to the principles of morals and legislation”* (“Introdução aos princípios da moral e da legislação”), em que o filósofo desenvolveu ideias como o cálculo prazer-dor (custo-benefício) na perpetração de um

crime e a implicação das atividades dissuasórias que infligem dor e o custo associado ao crime. De qualquer forma, o célebre ensaio de Becker publicado em 1968 foi o primeiro estudo plenamente desenvolvido em matéria de Teoria Econômica do Crime e de seu controle. Nesse sentido, extrai-se da obra de Foucault (2008, p. 340):

A análise que eles [Ehrlich, Stigler e Gary Becker] fazem da criminalidade aparece, no início, como um retorno, o mais simples possível, aos reformadores do século XVIII, a Beccaria e principalmente a Bentham. E é verdade que, afinal de contas, quando se retoma o problema da reforma do direito penal no fim do século XVIII, percebe-se que a questão posta pelos reformadores era de fato uma questão de economia política, no sentido de que se tratava de uma análise econômica, ou de uma reflexão em todo caso de estilo econômico, sobre a política ou sobre o exercício do poder. Tratava-se de calcular economicamente, ou em todo caso de criticar em nome de uma lógica e de uma racionalidade econômica, o funcionamento da justiça penal tal como podia ser constatada e observada no século XVIII. Daí, num certo número de textos, mais claros por certo em Bentham do que em Beccaria [...], considerações grosseiramente quantificadas sobre o custo da delinquência: quando custa, para um país ou uma cidade em todo caso, os ladrões poderem agir como bem entendem; o problema também do custo da própria prática judiciária e da instituição judiciária tal como funciona; crítica também da pouca eficácia do sistema punitivo: o fato, por exemplo, de que os suplícios ou o banimento não tinham nenhum efeito sensível sobre a baixa da taxa de criminalidade – na medida em que se podia estimá-la nessa época –, mas, enfim, havia uma grade econômica que era aplicada sob o raciocínio crítico dos reformadores do século XVIII.

Entre os próprios Beccaria e Bentham também havia intensa aproximação. A propósito, “foi do pequeno tratado de Beccaria sobre crimes e punições”, escreveu Bentham (1952, p. 118),

que eu tomei, como bem lembro, a primeira sugestão deste princípio [de que os valores

monetários podem ser usados como um instrumento para medir a quantidade de dor ou prazer], através do qual a precisão e clareza e incontestabilidade do cálculo matemático são introduzidas pela primeira vez no campo da moral.

Hart (1982, p. 46-47) assinala que, quando Bentham discorre acerca da qualidade da pena – distinta de sua severidade e de sua quantidade –, muito do que ele diz é, novamente, uma detalhada extensão das ideias de Beccaria: ele endossa o princípio de que a punição deve ser rápida e certa⁶⁰, não apenas por questões humanitárias, mas também porque isso reforça a associação entre punição e crime. Para ambos os autores, essa associação é uma parte vital do principal mecanismo da pena, isto é, a dissuasão mediante o exemplo, o qual se daria, sob a perspectiva dos reformadores modernos, mediante uma proporção quase matemática entre a gravidade do crime e a intensidade da pena.

É essa, pois, a política criminal por eles almejada, ao passo que aquela proposta por Becker persegue, primordialmente, a maximização do bem-estar social – isto é, a promoção da eficiência econômica – mediante a redução dos custos sociais envolvidos no controle da criminalidade.

2.2.4. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME ENTRE BECKER E FOUCAULT

A menção ao *enforcement*, aos pontos em que Becker se afasta de Beccaria e Bentham e à própria análise que Foucault faz da obra do economista norte-americano – especificamente no que toca à pretensão de controle (e não eliminação⁶¹) do crime – invoca lembrança quanto ao

⁶⁰ Trata-se de noção presente também na obra de Beccaria (2000, p. 43), que enfatizava a relevância da pronta aplicação das penas; afirmou o autor que, “quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo que se conceda ao acusado o tempo e os meios para se justificar, se é isso lhe for possível; é necessário, contudo, que está o tempo seja bem curto para não atrasar muito o castigo que deve acompanhar de perto o delito, se se quer que o mesmo seja um útil freio contra os criminosos”.

⁶¹ A propósito dessa distinção entre controle e eliminação da criminalidade, Dilts (2009, p. 79) observa que a Teoria Econômica do Crime prioriza o controle dos níveis de criminalidade mais do que a punição ou a reabilitação dos delinquentes. Assim, registra o autor, técnicas jurídicas e disciplinares continuarão a ser utilizadas, mas serão subsumidas a uma racionalidade governamental que busca controlar o crime mediante mecanismos de segurança de autorregulação.

“diálogo” estabelecido entre Foucault e Becker acerca da análise econômica dos crimes e das punições.

A apreciação do ideário de Becker através das “lentes” de Foucault é oportunidade ímpar, não somente por conta da sagacidade e da precisão que o pensador francês imprimiu à sua análise, mas também – e principalmente – porque o economista norte-americano teve oportunidade de tecer uma espécie de réplica.

Ademais, é relevante que o presente Capítulo se debruce sobre o diálogo travado entre as ideias de Foucault e de Becker, na medida em que é exatamente de Foucault e de seus epígonos (notadamente Harcourt) que parte a indagação quanto à possibilidade de extrair da obra do economista norte-americano um conceito normativo de crime.

Assim, vale aclarar o porquê do interesse de Foucault pelas teorias de Becker. Para Foucault, tanto a teoria do Capital Humano quando a Análise Econômica do Crime simbolizam a reconstrução de duas áreas de estudo – o Direito e a Economia –, o que se revela como uma decorrência lógica nos estudos neoliberais.

E o que conecta esses dois exemplos, explica Dilts (2009, p. 81), é a “reinvocação” e subsequente redefinição da figura do *homo oeconomicus*. É esse o fator que explana o interesse de Foucault pelas teorias de Becker, na medida em que ilustra as reinvenções promovidas pelo neoliberalismo, as quais também poderiam ser sintetizadas na transformação do conceito da *laissez-faire*: assim, as teorias do Estado e da Economia não clamam por uma retração do Estado para assegurar um espaço de liberdade negativa em que se pode agir livremente; ao contrário, o propósito é, como salienta Dilts (2009, p. 81), o de submeter o governo a um “permanente tribunal econômico” em que toda atividade governamental é julgada”.

Como narra Dilts (2009, p. 78), as questões atinentes à punição e à configuração dos criminosos, articuladas no trabalho de Becker, foram objeto das conferências ministradas por Foucault em 1978 e 1979 no *Collège de France: Sécurité, Territoire, Population e Naissance de la Biopolitique*. Parte crucial dessa análise foi o interesse de Foucault pelo pensamento econômico “neoliberal”⁶² da Escola de Chicago,

⁶² Vale dizer que, a despeito da análise de Foucault e de seus epígonos – que a todo tempo referem a Becker e à sua teoria, bem como à AED em geral, como neoliberais –, o economista norte-americano identifica-se como um liberal. Isso fica claro quando Becker diz que, como um liberal, se opõe às leis de drogas, bem como quando fala em “*so-called*” (“assim chamado”) neoliberalismo, e, ainda mais, quando explicita: “eu não uso a palavra “neoliberal”. Becker identifica-se

exemplificada exatamente no trabalho fundante de Becker, que é referido por Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 4) como o mais radical representante do neoliberalismo norte-americano, acerca do capital humano e da análise do crime e da punição. A principal característica dessa análise é, segundo Foucault, uma reintrodução (e uma redescrição crítica) da figura universal do ator racional como uma categoria criminologia⁶³: aquilo que Foucault e seus discípulos denominam como o *homo oeconomicus*.

como um liberal clássico (“*classical liberal*”) e acrescenta haver diferenças, na extensão em que ele próprio toca na Filosofia, entre liberais clássicos (à moda europeia) e liberais norte-americanos. Quando o economista refere-se a “liberal”, elucida mais adiante, ele utiliza a tradicional conotação europeia desse termo (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 11-15). De qualquer forma, o presente trabalho lança mão, em algumas oportunidades, de menções ao neoliberalismo; em geral, ditas alusões dizem respeito a afirmações formuladas por Foucault – especialmente em seu “O nascimento da biopolítica” (2008) – e por outros autores que se filiam à obra daquele pensador francês, como Sennalart (2008), Dilts (2009) e Harcourt (2006; 2007; 2011; 2014) ou que, pelo menos, seguem linha ideológica (mormente crítica à AED) semelhante, como Heinen (2012; 2013), Rosa (2011a; 2011b; 2016) e até mesmo Dieter (2012).

⁶³ A menção à criminologia torna oportuno apontar que, mesmo altamente criticadas, as teorias do *enforcement* e a Teoria Econômica do Crime constituem corpo literário que contribuiu para a compreensão do crime, da dissuasão e da prevenção; assim, como assevera Garoupa (1997, p. 288), mesmo que a Ciência Econômica ainda desempenhe apenas tímido papel na criminologia, trata-se de papel crucial. E conquanto a relação entre a Teoria Econômica do Crime apenas tangencie este trabalho, vale, em adendo, apontar que tem sido relação cujo potencial ainda não foi explorado a contento. Para ilustrar o que se afirma, basta recorrer à assertiva de Dills, Miron e Summers (2010, p. 270), para os quais os economistas pouco sabem acerca dos fatores principais identificados na literatura da econômica do crime como determinantes da criminalidade. Apesar disso, em uma perspectiva um pouco mais otimista, Winter (2008, p. 97) aponta que, muito embora o cerne da pesquisa econômica acerca dos crimes foque nos custos e benefícios das tradicionais políticas dissuasórias que afetam a certeza e a severidade da punição, há substancial e crescente literatura em outras opções de políticas para reduzir a criminalidade. O autor relata que, junto com acadêmicos de outras áreas – especialmente da criminologia –, economistas têm examinado o impacto das condições do mercado de trabalho, da educação, do comportamento juvenil, do histórico familiar etc. nas taxas de criminalidade. Diante daquilo que aqui se afirmou, vale mencionar que o raciocínio econômico representa apenas uma – e não a única – das possíveis formas de pensar acerca de questões acerca de políticas públicas (WINTER, 2008, p. X). E vale relatar que, a despeito de certa distância que geralmente se vislumbra entre a Teoria

Já a réplica da parte de Becker – que, além de ter apreciado a leitura crítica de Foucault, elogiou o rigor da análise e a clareza da escrita (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 3)⁶⁴ – ocorreu por ocasião de dois seminários que foram realizados nos anos de 2012 e 2013 na Universidade de Chicago, dos quais participaram, além do próprio economista norte-americano, dois intelectuais bastante próximos a Foucault: François Ewald e Bernard Harcourt. Como relata Conti (2016, p. 2), planejava-se, de início, a realização de somente um debate, mas os participantes consideraram o primeiro encontro intelectualmente estimulante e, por isso, marcaram outros dois, mas Becker faleceu em maio de 2014, aos 83 anos de idade, de modo que a última sessão do debate – que seria dedicada à discussão dos dois últimos Capítulos do

Econômica do Crime e a criminologia, alguns autores afiançam que “Becker é precursor da escola criminológica neoclássica e foi seguido pelos autores da Escola de Chicago, a exemplo de Isaac Ehrlich” (VECCHIO JR., 2012, p. 1-2). A propósito, vale mencionar que boa parte da inovação decorrente do trabalho de Becker resulta exatamente do fato de que o autor norte-americano, em sua Teoria Econômica do Crime, divorciou-se da perspectiva criminológica então dominante. Com efeito, Vecchio Jr. observa que “a importância do trabalho de Gary Becker reside acima de tudo em sua originalidade. A criminologia no Século XX pautava-se até então principalmente pela perspectiva lombrosiana do determinismo fisiológico, pelas leituras de cunho marxista, além da teoria da anomia social de Robert Merton. Diante desse quadro, a proposta de Becker traz à baila uma contribuição inédita, ao viabilizar a concepção do criminoso em termos de suas escolhas enquanto agente econômico, referencial teórico que não pode, por sua vez, dissociar-se de todas as questões que envolvem a racionalidade das escolhas e a teoria da decisão, temas presentes na economia teórica desde a primeira metade do século XX. Gary Becker, por outro lado, tem por escopo a abordagem do problema do crime sobretudo pelo impacto econômico que dele decorre, uma vez que as atividades criminosas fomentam prejuízos crescentes para a sociedade e para o Estado”. Ainda quanto a essa nova concepção econômica acerca do criminoso e da sua potencial influência sobre a criminologia, observa-se que a figura central da criminologia se parece cada vez menos com um delinquente enlouquecido, monstruoso e profundamente criminoso. Em vez disso, argumenta Dilts (2009, p. 78), vê-se o retorno de uma velha figura do liberalismo clássico, reformulada nos termos da teoria da escolha racional e simbolizando o surgimento do neoliberalismo: o *homo oeconomicus*.

⁶⁴ Como narra Conti (2016, p. 3), Becker “comentou inclusive que diversos elementos que ele colocou em suas teorias Foucault entendeu melhor do que alguns de seus colegas economistas, que interpretaram mal ou levaram anos para absorver algumas de suas ideias”.

curso “O nascimento da biopolítica”, em que Foucault refina seu argumento sobre a mudança no pensamento liberal – não ocorreu.

No segundo debate, vale dizer, faz-se uma confrontação entre as obras “Vigiar e Punir” e “O nascimento da biopolítica”, de Foucault e o ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, de Becker. E, a propósito dessas obras confrontadas, é possível dizer, com Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 2), que são, possivelmente, os textos acerca das punições do Século XX que tiveram a maior influência, nesse campo, na teoria contemporânea ocidental.

Conti (2016, p. 3) narra, ainda, que um diálogo direto entre os autores no final dos anos 70 e começo dos anos 80 não se concretizou por conta de divergências ideológicas alimentadas pelos colegas de Foucault no *Collège de France* e pelos colegas de Becker na Universidade de Chicago: muito embora ambos não se evadissem de seus críticos, os colegas de Becker em Chicago não gostavam de Foucault e os colegas de Foucault em Paris não apreciavam as ideias de Becker⁶⁵. O próprio

⁶⁵ O debate foi realizado por ocasião de visita de François Ewald – “principal assistente e interlocutor de Foucault no *Collège de France* entre 1976 e 1984 [ano de falecimento deste pensador francês] e fundador do *Michel Foucault Center*” – à Universidade de Chicago. Assim, a convite de Bernard Harcourt – professor naquela instituição de ensino, à época –, Becker e Ewald promoveram um debate acerca do curso “O Nascimento da Biopolítica”, ministrado por Foucault no *Collège de France* entre 1978 e 1979, especialmente no que toca às aulas em que o pensador francês comentou a obra de Becker. Como descreve Harcourt, “em uma série de importantes conferências proferidas em 1979 sob o título de ‘O nascimento da biopolítica’, Michel Foucault ocupou-se do trabalho de Gary Becker no contexto de uma elaboração e crítica dos diferentes tipos de neoliberalismo. E ele estava, especialmente nessas três conferências – conferências nove, dez e onze –, olhando para o neoliberalismo americano, em oposição ao ordoliberalismo alemão e ao neoliberalismo francês”. Como Ewald explica mais tarde, a definição que Foucault dá ao liberalismo é a de “uma governamentalidade em que a veridificação (*truth-telling*) do governo é ditada pela economia”. Como novamente interpreta Ewald quanto ao que dizia Foucault, “a questão não é o Estado; a questão é a governamentalidade”. Ewald complementa, ainda, ao dizer que, para Foucault, o único liberalismo interessante é o liberalismo praticado por economistas [...], porque dá aos economistas um *status* bem específico, isto é, eles são produtores da verdade [...]. O que Foucault está buscando é uma teoria, uma teoria amoral, e uma teoria não-jurídica. O desafio é ser livre da moralidade e do Direito. E ele encontra – eu acho – a solução nos escritos dos economistas. Esta é a celebração dos trabalhos dos economistas, dos seus [de Becker] trabalhos. Você propõe uma teoria do homem, uma visão do homem, que é amoral e não-jurídica”. E é exatamente por isso que, para Foucault,

Ewald, outrora orientando de Foucault, diz que poderia ter sido muito frutífera uma conversa entre a visão de relação de poder concebida por Foucault e a visão de Becker quanto à decisão dos agentes racionais⁶⁶.

Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 3) sugere, ainda, que a análise econômica do crime de Becker pode ser completada pelas ideias inseridas por Foucault em seu “Vigiar e punir”. Em tal obra, há uma abordagem também econômica, na medida em que – embora de forma metafórica – Foucault empreende tentativa de descrever uma economia do poder. Trata-se de um esforço para desenvolver uma nova visão do poder – sobretudo do poder de punir –, relacionada com a ideia de Economia. Vale esclarecer que, para Foucault, a Ciência Econômica não coincide com o seu conceito clássico, tampouco com aquele de que Becker se vale; para o pensador francês, a Ciência Econômica relaciona-se com a existência de uma estratégia e com a elaboração de um cálculo. De qualquer forma, ambas as acepções se conectam – de modo que também as obras dos autores ora estudados se vinculam.

De fato, em seu “Vigiar e punir” (2009), Foucault a todo tempo se refere a uma economia das penas, exatamente no sentido a que Ewald alude: aponta, por exemplo, para a economia da tortura e do exemplo, para a economia dos castigos⁶⁷, bem como para a economia incidente na

a crítica da governamentalidade engendrada por Becker tem a capacidade de ser verdadeira sem considerações morais – é, portanto, amoral. Vale indicar que, conforme explica Harcourt em nota de rodapé, o termo “veridicção” (“*veridiction*”, em inglês) foi cunhado por Foucault: trata-se de um neologismo oriundo das raízes latinas *veri* (verdade) e *diccio* (fala, pronúncia ou dicção) (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 2-5).

⁶⁶ Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 12) concorda com tal afirmativa quando conjuga sua teoria do capital humano com as relações de poder identificadas por Foucault e, ao fim, completa: “estou perfeitamente feliz em aceitar isso”.

⁶⁷ Em relação à “economia dos castigos”, por exemplo, Foucault (2009, p. 72, 78) afirma que “o século XVIII abriu a crise dessa economia e propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter a “humanidade” como “medida”. O autor francês ainda salienta que “o verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova ‘economia’ do poder de castigar [...]. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo os custos econômicos [...]. A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova ‘economia política’ do poder de punir”. É bastante evidente, a partir da análise de Foucault,

proporcionalidade entre as mais horrendas penas e as mais graves acusações. Há, aí, uma economia, no sentido de um cálculo matemático e estratégico quanto ao exercício do poder – algo que se aproxima da microfísica do poder.

Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6) ainda afirma diz que, para Foucault, os atos filosóficos não estão na Filosofia, mas em outros campos. O pensador francês, ao ter acesso à obra de Becker, acreditou que a Economia – a Economia à moda de Becker – “era, para o nosso tempo, um ato filosófico”. Na perspectiva de Foucault, o ato filosófico de Becker consiste na transformação da Ciência Econômica, que passa a ser não apenas uma teoria, tampouco somente uma observação ou análise da riqueza. Aquele ato filosófico traduz-se na modificação do foco da Ciência Econômica: da riqueza para o comportamento humano; da riqueza para o valor. Traduz-se, ainda, na transformação da Ciência Econômica em uma ciência de avaliação.

E essa mudança promovida por Becker no âmbito econômico é paralela àquela operada por Foucault na Filosofia, no que toca ao estudo do poder: há um paralelo na mudança da Macroeconomia para a Microeconomia. Logo, uma consequência desse ato, para Foucault – e, nesse ponto, Ewald fala (talvez contraintuitivamente) em apologia de Foucault a Becker⁶⁸ –, relaciona-se à liberdade, que é o motivo pelo qual

que a reforma penal promovida a partir do pensamento de penalistas tais como Beccaria e Bentham tinha como fundamento, sob essa óptica econômico-estratégica, a diminuição dos custos envolvidos nos crimes e nas penalidades, em uma antecipação daquilo que se veria séculos mais tarde na Teoria Econômica do Crime desenvolvida por Becker. Há, portanto, desde aquela época, uma racionalidade econômica a reger as penas.

⁶⁸ Ewald, no início dos debates, delinea a seguinte indagação: “como é possível que um intelectual, um filósofo francês – alguém talvez conhecido como um filósofo francês de esquerda, um radical –, preferisse, no final dos anos 70, uma conferência no *Collège de France* em que ele faria apologia ao neoliberalismo – especialmente a apologia a Gary Becker, que é referido no livro ‘O nascimento da biopolítica’ como o mais radical representante do neoliberalismo americano?”. Em outro ponto, Ewald indaga: “Foucault tornou-se um pupilo de Gary Becker? Eu não sei [risos]”. Mais adiante, todavia, Ewald esclarece que Foucault não é pupilo de Becker por acreditar que o homem concebido pelo economista é uma ficção – a qual, portanto, a despeito de interessante, não é real. Harcourt, mais tarde, acrescenta que alguns estudiosos chegaram ao ponto tal de afirmar que Foucault tinha uma inclinação pelo neoliberalismo. O próprio Harcourt, no entanto, acredita que seria ir longe demais e identifica que a principal crítica de Foucault em relação a Becker diz respeito à concepção de poder sem coerção,

a questão da verdade é tão relevante para Foucault: “porque a nossa liberdade – a possibilidade de liberdade – depende da maneira como nós dizemos a verdade, ou produzimos a verdade. Certas formas de verificação representam morte para a liberdade; algumas formas de verificação dão novas possibilidades à liberdade”. Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 6) afiança, então, que Foucault concebia a espécie de análise realizada por Becker como algo que cria a possibilidade de promover e vislumbrar novas formas de liberdade⁶⁹. Diz, ademais, que o trabalho do economista norte-americano possibilita pensar o poder sem disciplina: torna-se possível, mediante incitação dos agentes econômicos, conduzir o comportamento do outro sem coerção.

Já ao final de seu curso “O nascimento da biopolítica”, Foucault (2008, p. 432) descreve a empreitada intelectual adotada na obra em questão:

Procurei analisar o “liberalismo”, não como uma teoria nem como uma ideologia, menos ainda, claro, como uma maneira de a “sociedade” “se representar...”; mas como uma prática, isto é, como uma “maneira de fazer” orientada para objetivos e regulando-se por uma reflexão contínua. O liberalismo deve ser analisado então como princípio e método de racionalização do exercício do governo – racionalização que obedece, e esse é a sua especificidade, à regra interna da economia máxima.

Na parcela de sua obra destinada à análise do neoliberalismo norte-americano, Foucault (2008, p. 329) aborda a maneira como os neoliberais

bem como à teoria do capital humano, particularmente no que toca à distinção entre partes da população nas quais se deveria investir, e partes em que não se deveria fazê-lo. Já Becker afirma não ter encontrado nenhuma crítica clara em relação à teoria do capital nas conferências de Foucault (p. 10), mas diz que Foucault “certamente não foi um pupilo de Gary Becker. Quero dizer, seria absurdo acreditar que ele foi meu pupilo”. De qualquer forma, alude-se novamente a Becker para afiançar que Foucault pode “opor-se a certas formas do neoliberalismo, mas ele parece ter levado a sério o assim denominado neoliberalismo que se baseava na análise de capital humano” (BECKER; EWALD; HARCOURT, p. 4-11).

⁶⁹ Becker concorda com tal análise, sobretudo quando afiança que é um ponto de vista libertador a concepção segundo a qual as pessoas – e não mais o maquinário, o capital e a terra – estão no centro da economia (BECKER; EWALD; HARCOURT, p. 11).

transpõem a lógica mercadológica para interpretar as relações não-mercantis, isto é, fenômenos que não têm, pelo menos em princípio, um caráter econômico; têm, pelo contrário, caráter destacadamente social. De fato, a identificação dessa transposição da lógica de mercado a fenômenos que, ao menos em princípio, não são mercadológicos, é tônica subjacente à análise elaborada pelo pensador francês acerca do neoliberalismo e da sua faceta norte-americana: a AED. Da mesma forma, essa transposição é traço característico de tal Escola do pensamento econômico-jurídico: “a análise em termos de economia de mercado, em outras palavras, em termos de oferta e procura, vai servir de esquema que se pode aplicar a campos não-econômicos” (FOUCAULT, 2008, p. 334). Como explica Sennalart (2008, p. 445), o pensamento por ele denominado de “anarcoliberalismo americano” procura ampliar a racionalidade do mercado a campos tidos até então como não-econômicos, com menção à teoria do capital humano desenvolvida por Becker. E, por fim, afiança Dilts (2009, p. 87), em termos semelhantes, que “um princípio central do neoliberalismo é a extensão da lógica de mercado a todas as esferas da vida”. Ante isso, Foucault (2008, p. 329) identifica a

[...] aplicação da grade econômica a um campo que, no fundo, desde o século XIX e, podemos sem dúvidas dizer, já desde o fim do século XVIII, havia sido definido em oposição à economia, em todo caso em complemento à economia, como aquilo que em si, não pertence à economia, apesar de a economia se situar no interior desse campo. Em outras palavras ainda, é o problema da inversão das relações do social com o econômico que, a meu ver, está em jogo nesse tipo de análise.

Assim, em relação à forma econômica de mercado, Foucault (2008, p. 330 e 337) afiança que a AED, marcadamente neoliberal, trata “de generalizá-la em todo o corpo social, e generalizá-la até mesmo em todo o sistema social que, de ordinário, não passa ou não é sancionado por trocas monetárias”; explica, ainda, que se tem “nessas análises econômicas dos neoliberais, uma tentativa de decifração em termos econômicos de comportamentos sociais tradicionalmente não-econômicos”. A identificação, por Foucault, dessa generalização da forma econômica – que passa a ser aplicada também a questões aparentemente não-econômicas – permeia toda a parte do curso “O nascimento da biopolítica” que o intelectual francês dedica à reflexão acerca do neoliberalismo norte-americano; de fato, é possível extrair da

obra numerosos excertos em que o autor salienta essa novidade introduzida – ou pelo menos resgatada – pela AED.

Nesse “diálogo” entre Becker e Foucault, um ponto em que Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 6) concebe a aproximação entre os autores analisados diz respeito à passagem na qual Foucault utiliza o trabalho de Becker no que atine ao *enforcement* da lei. Quanto ao tema, Becker (1974, p. 2) indaga: “o que determina a quantidade e a forma de recursos e punições utilizados para fazer cumprir uma lei? Em particular, por que o *enforcement* difere tanto entre diferentes tipos de leis?”. E, na sequência, responde:

a quantidade ótima de *enforcement* depende, entre outros fatores, do custo da captura e condenação dos criminosos, da natureza das punições – por exemplo, se são multas ou prisões – e da resposta dos delinquentes em relação a mudanças no *enforcement*.

Dilts (2009, p. 84), por sua vez, afirma que o *law enforcement*, como todas as formas de intervenção do ponto de vista neoliberal, tem um ponto de equilíbrio não necessariamente – e é improvável que o seja – igual a zero. O nível do *enforcement* é sujeito, como todas as coisas sob o regime neoliberal, a um teste de eficiência.

Foucault (2008, p. 348) enfatiza, então, a relação de oferta e demanda de crimes, que pode ser regulada pelo nível do *enforcement*:

Esses instrumentos de “enforço” da lei – perdoem-me o neologismo dessa transcrição – vão ser o quê? Pois bem, vão ser a quantidade de punição prevista para cada um dos crimes. Vão ser a importância, a atividade, o zelo, a competência do aparelho encarregado de acusar os criminosos e fornecer as provas efetivas de que cometeram o crime. Vão ser a maior ou menor rapidez dos juízes em julgar, a maior ou menor severidade dos juízes nas margens que lhes são dadas pela lei. Vão ser também a maior ou menor eficácia da punição, a maior ou menor invariabilidade da pena aplicada, que a administração penitenciária pode modificar, atenuar, eventualmente agravar. É todo esse conjunto de coisas que constitui o enforço da lei, tudo o que por conseguinte vai responder à oferta de crime como conduta, [...] com o que se chama de conduta negativa.

“O próprio enforço”, conclui Foucault (2008, p. 349), “tem um custo e tem externalidades negativas”.

Verifica-se, portanto, que o *enforcement* e os custos daí decorrentes constituem elemento central da abordagem econômica dos crimes e das punições desde Bentham, em uma articulação que se relaciona com os custos sociais e a eficiência – fatores que também consubstanciam pilares da AED.

Efetuada esse introito, passa-se à abordagem de certos pontos específicos da Teoria Econômica do Crime – isto é, de seus pressupostos teóricos centrais.

2.3. A ASSUNÇÃO QUANTO À RACIONALIDADE DOS AGENTES

Se uma das premissas mais elementares da AED diz respeito à racionalidade do agente – concebido, sob esse paradigma, como *homo economicus* –, esse pressuposto assume especial relevância para a Teoria Econômica do Crime desenvolvida a partir de Becker.

2.3.1. A TEORIA DAS ESCOLHAS RACIONAIS

Como o próprio Becker (1974, p. 2) elucida, a abordagem por ele adotada segue a usual análise dos economistas das escolhas e assume que dada pessoa comete um delito se a utilidade esperada excede a utilidade que se poderia obter mediante a utilização do tempo e de outros recursos em atividades diversas.

Como boa parte dos outros pilares sobre os quais se sustenta a Teoria Econômica do Crime de Becker, a teoria das escolhas racionais foi herdada, pelo menos em forma rudimentar, de Bentham. Posner (2010, p. XII) observa, por isso, que a análise pioneira de Bentham sobre crime e punição indicava que o ser racional pondera a utilidade do crime, com relação à desutilidade da punição. Posner ainda relata que, após Bentham, a teoria em questão remanesceu esquecida por longos anos, até que foi retomada graças à Escola de Chicago, e, em particular, a alguns grandes economistas da Universidade de Chicago, como Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker, que lançaram as bases da AED.

Assim, segundo Becker, algumas pessoas tornam-se “criminosas” não porque suas motivações diferem das motivações de outras pessoas, mas porque seus custos e benefícios diferem.

De fato, empreende-se a análise da conduta criminosa, na Teoria Econômica do Crime cunhada por Becker, a partir da teoria das escolhas racionais. Como Rosa (2016, p. 175) observa, tal teoria norteia

a compreensão econômica do crime, apurando-se, em cada contexto, o conjunto de alternativas, os custos de oportunidade e os demais agregados, partindo da noção de que o tomador da decisão tomará a escolha maximizadora do seu bem-estar.

Em outras palavras, é possível afirmar que a teoria das escolhas racionais assume que os indivíduos perseguem seus interesses ou maximizam sua utilidade e que, portanto, se o custo do delito sobe, haverá uma menor prática de delitos⁷⁰. Trata-se de teoria que se funda na ideia de que os agentes, consciente ou inconscientemente, conformam seus comportamentos às expectativas calculadas de sucesso ou fracasso. Cuida-se, ademais, de análise que, em meio àquelas duas facetas reveladas pela AED – normativa e positiva –, se revela marcadamente positiva.

Verifica-se, portanto, sob a óptica da teoria das escolhas racionais, que o indivíduo realiza uma ponderação – um minucioso exame das vantagens e de seus respectivos custos – no processo de tomada de decisão. Por isso mesmo Cooter e Ulen (2012, p. 461) afiançam que, mais do que precificar o crime, o objetivo da punição é dissuadi-lo. O próprio Posner (1985, p. 1.215) sintetiza que, sob a óptica econômica, a teoria da sanção criminal diz respeito, eminentemente, à dissuasão, o que se vincula de forma bastante íntima com a racionalidade dos agentes.

Segundo Garoupa (1997, p. 267), a hipótese da dissuasão, sobre a qual se funda a Teoria Econômica do Crime, consiste em aplicação da teoria econômica da demanda e constitui uma das mais importantes questões na justiça criminal. Também Vecchio Jr. (2012, p. 9), no que diz respeito à prática de atos ilícitos, afirma que Becker associa ao comportamento criminoso um conceito típico do estudo de oferta e demanda sob a perspectiva marginalista. Essa hipótese afirma que as

⁷⁰ Cooter e Ulen (2012, p. 492-493) observam que essa hipótese é empiricamente testada e comprovada: os autores citam estudos econométricos que corroboram a hipótese de que o aumento da punição esperada acarreta uma diminuição no número de crimes. Relatam, porém, que os efeitos dissuasórios são distintos de acordo com a espécie de crime de que se trata: para aqueles envolvidos em crimes violentos, o aumento na severidade da punição é mais eficaz; para aqueles envolvidos em crimes contra a propriedade, a certeza da apreensão e da condenação tem um efeito maior; por fim, o efeito era menor para drogadictos.

peças respondem significativamente aos incentivos dissuasórios criados pelo sistema de justiça criminal – ou por qualquer sistema, em verdade. Dessa forma, o aumento nos recursos dedicados à prisão, condenação e punição dos criminosos pode ser a melhor política para reduzir a quantidade de crimes e os custos sociais daí decorrentes.

Esse modelo comportamental baseado no comportamento racional dos agentes – sintetizado na teoria das escolhas racionais – é adotado por Becker, que parte do pressuposto de que os indivíduos, em determinadas situações e perante incentivos (positivos ou negativos), fazem escolhas racionais de modo a cometer, ou não, crimes. Essas escolhas baseiam-se nas ideias de benefícios e custos.

A formulação desse modelo de criminoso racional é fundamental para o planejamento de políticas públicas voltadas ao controle (e não à eliminação) do crime. Com efeito, os economistas tipicamente assumem que os criminosos são racionais – no sentido de que, na decisão quanto ao cometer ou não um crime, sopesam os custos e benefícios de suas ações e modo a maximizar a utilidade esperada –, bem como que o crime pode ser dissuadido por políticas que manipulam as probabilidades de prisão e condenação e que determinem a severidade da punição. Assim, como pondera Winter (2008, p. 2), tais conceitos constituem o cerne da abordagem econômica do crime; isto é, a análise racional do crime considera tanto os custos quanto os benefícios dissuasórios de políticas anticrime.

Esse modelo, vale dizer, aplica-se não somente aos crimes ou mesmo a atos ilícitos em geral, mas a qualquer ato humano. Até mesmo aquelas condutas que resultam de vícios são objeto da teoria das escolhas racionais, como elucida Becker no artigo “*A theory of rational addiction*” (“Uma teoria do vício racional”, em tradução livre), escrito em coautoria com seu colega Kevin M. Murphy (1988).

A premissa básica de Becker é a compreensão de que os agentes criminosos guiam racionalmente suas escolhas, mediante ponderação quanto aos benefícios decorrentes da atuação ilegal. O autor demonstra, assim, que cada indivíduo que intenta perpetrar um ilícito penal equaciona variáveis que lhe fundamentam a decisão.

Assim, o sistema penal, diz Foucault (2008, p. 346) a partir da leitura de Becker, terá de reagir a pessoas que produzem ações com um objetivo econômico – o lucro (em sentido *lato*, e não meramente monetário) – e que são afetadas pelo risco penal e pelos riscos

econômicos; “em outras palavras, ele terá de reagir a uma oferta de crime”⁷¹.

Esses agentes de que se ocupa a teoria das escolhas racionais, particularmente quando aplicada ao âmbito dos crimes e das punições, em nada diferem em relação aos demais. Becker assevera que os criminosos são maximizadores racionais de suas preferências que decidem em condições de risco. E quanto à atitude do agente diante do mencionado risco, Garoupa (1997, p. 268) indaga: estará o indivíduo disposto a arriscar? A resposta depende da sua atitude diante do risco, da punição e do benefício esperados, bem como da utilidade do lucro. Assim, o modo como a probabilidade de condenação e a severidade da pena dissuadem o agente econômico dependem da predileção deste em relação aos riscos. De qualquer forma, mesmo que seja avesso a riscos, o indivíduo aceitará a aposta se o valor esperado for suficientemente alto⁷².

A propósito, o modelo de Becker transmite a ideia de que não há uma psicologia particular do criminoso e, assim, de que a única diferença é a sua relação com o risco (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 3).

De fato, a questão da dissuasão – central para a Teoria Econômica do Crime – tem íntima conexão com a racionalidade dos agentes: somente se pensa em dissuadir a prática de crimes por se considerar que os agentes econômicos são racionais, ou seja, sensíveis às mudanças no cenário que lhes cerca.

⁷¹ A menção a Foucault traz à lembrança interessante lição do pensador francês, que vislumbrava também na política penal dos reformadores dos Séculos XVIII e XIX uma profunda racionalidade econômica, em meio à “economia dos castigos” – no sentido de uma estratégia quanto à imposição do poder de punir – vislumbrada. Foucault (2009, p. 90-92) concebe, então, alguns preceitos em torno dos quais se estruturava essa economia dos castigos. Menciona, de início, com referência à obra de Beccaria, a “regra da quantidade mínima, segundo a qual os agentes delinquentes porque isso lhes é vantajoso; se a desvantagem fosse superior à vantagem, o crime deixaria de ser desejável. Na sequência, menciona a “regra da idealidade suficiente”, segundo a qual o motivo de um crime representa a sua vantagem, ao passo que a sua desvantagem é representada pela eficácia da pena. Mais adiante, Foucault indica, mais uma vez com menção a Beccaria, a “regra da certeza perfeita”, de acordo com a qual a ideia de um crime deve ser acompanhada à projeção de um castigo.

⁷² Trata-se de noção que acompanha a economia do crime desde sua mais remota raiz, em Beccaria, segundo o qual “os homens só se arriscam na proporção do lucro que o êxito possa lhes trazer” (2000, p. 81).

Essa pressuposição quanto à racionalidade dos agentes constitui a base para uma importante mudança paradigmática promovida pela Teoria Econômica do Crime, particularmente no que toca à figura do criminoso, antes concebida de forma patológica e abordada de forma absolutamente, sem distinção em relação aos demais indivíduos do tecido social senão pelos custos e benefícios incidentes na prática de uma conduta criminal. É a questão a ser apreciada no subtópico seguinte.

2.3.2. A SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA QUANTO À FIGURA DO CRIMINOSO: O SURGIMENTO DO PARADIGMA ECONÔMICO

Assim como diversos outros elementos de sua Teoria Economia do Crime, Becker tomou a assunção quanto à racionalidade dos agentes de empréstimo de Beccaria e Bentham. Como Harcourt (2011, p. 58) relata, Beccaria desenvolveu teorias de dissuasão racional que mais tarde se tornaram pedras angulares dos modelos de crime concebidos por Becker e Posner⁷³. Com efeito, nas décadas de 1950 e 1960 – que antecederam a publicação do trabalho seminal de Becker –, as discussões quanto ao crime eram dominadas pela opinião (não exclusiva) de que o comportamento criminal era causado por doenças mentais e pela opressão social e de que os criminosos são vítimas desamparadas (BECKER, 1997, p. 41). Da mesma forma, Conti (2016, p. 12) relata que, nesse período, as discussões acadêmicas sobre o crime eram pautadas por “opiniões de que

⁷³ Apesar de Beccaria ser o precursor de muitas das ideias das quais os teóricos da AED se servem, o pensador italiano distancia-se destes na medida em que a racionalidade econômica por si conjecturada pressupunha uma intensa administração governamental, e não – como propõem os liberais contemporâneos – um mercado que regula a si próprio com a sua natural eficiência: como descreve Harcourt (2011, p. 53-59), em vez de opor as esferas da regulação comercial e penal – como os fisiocratas, por exemplo, propunham –, Beccaria buscou integrar e harmonizá-las, de modo a regular a esfera penal à imagem da administração econômica e inculcar na esfera penal a lógica da competição regulamentada, que ele concebia como a espécie mais humana de guerra e aquela digna dos homens razoáveis. De qualquer forma, Harcourt ainda relata que Beccaria, assim como Becker e Posner, buscava estender a lógica da racionalidade econômica à esfera social – para a esfera do crime e da punição. Beccaria acreditava que a lógica da economia deveria domar e civilizar a sociedade, poderia guiar nossas políticas no domínio social, poderia diferenciar o certo do errado e a punição justa da injusta. Seu projeto em “Dos delitos e das penas” era precisamente o de estender a racionalidade econômica para a esfera penal, para, assim, alcançar o que se conquistara no campo das trocas comerciais.

o comportamento criminoso era causado por doenças mentais, patologias genéticas, frenologia, opressão social, e que os criminosos estavam fadados a serem criminosos ou eram “vítimas””.

Becker (1974, p. 2) afirma, então, que não era simpático à assunção de que as motivações dos criminosos diferiam daquelas das demais pessoas. O autor é incisivo: afirma que uma teoria do comportamento criminal útil pode dispensar teorias de anomia, inadequações psicológicas ou herança de traços especiais ao simplesmente estender a usual análise de escolha dos economistas.

O autor não ignora, todavia, a existência de distinções essenciais entre alguns criminosos: reconhece, por exemplo, que criminosos do colarinho branco são diferentes em termos de educação e experiência em relação àqueles que cometem assaltos e crimes de várias outras espécies tipos (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 8). Não há, no entanto, alguma diferença atávica, biológica ou antropológica que os distinga, tampouco alguma elucubração sobre predisposição genética, periculosidade, anomia, pobreza e cultura que seja relevante.

Quanto às teorias acerca dos fatores determinantes do número de delitos então vigentes, Becker (1974, p. 9-10) relata que diferiam consideravelmente, desde a ênfase no formato dos crânios e na herança biológica até a criação pela família e o desencantamento com a sociedade. Por outro lado, o autor afirma que praticamente todas as diversas teorias concordam que, quando outras variáveis se mantêm constantes, um acréscimo na probabilidade de condenação ou punição faria diminuir – talvez substancialmente, talvez insignificamente – o número de delitos cometidos por alguma pessoa. Becker ainda acrescenta que uma generalização comum entre pessoas com experiência judicial considera que uma mudança na probabilidade de condenação tem efeito maior no número de delitos que uma mudança na punição, todavia. E, por fim, observa que, até onde podia dizer, nenhuma das teorias mais proeminentes lançara luz sobre essa relação.

A teoria de Becker refuta, assim, qualquer insinuação de que os criminosos têm motivações distintas daquelas que movem as demais pessoas. Isso lhe conduziu a explorar as implicações da premissa de que o comportamento criminoso é racional, com base nos trabalhos pioneiros de Beccaria e Bentham. Assim, é exatamente a pressuposição quanto à racionalidade dos agentes que permite à Teoria Econômica do Crime distanciar-se das teorias criminológicas até então dominantes. Nesse mesmo sentido, Dilts (2009, p. 89) relata que as abordagens por ele identificadas como liberal e neoliberal se recusam a “patologizar” e “desumanizar” delinquentes.

O mesmo Dilts (2009, p. 84) ainda constata, sob uma perspectiva tipicamente foucaultiana, que não mais há um modelo antropológico ou moral criminoso, mas um *homo oeconomicus*, que não se difere moral ou antropológicamente daqueles que jamais delinquiram. Há, segundo a leitura crítica que o autor faz, apenas um tipo de ser humano – o *homo oeconomicus* – e apenas uma forma de interação social: a troca. Essa mudança permite a concepção do crime e da punição como questão de oferta e demanda, sujeita à análise econômica.

Essa abordagem adotada pela Teoria Econômica do Crime representou, por isso mesmo, um movimento altamente progressivo de fuga das teorias psicológicas, genéticas e behavioristas que haviam fracassado no campo da criminologia, conforme observa Harcourt (2011, p. 134). Exatamente por isso, a assunção quanto à racionalidade das escolhas adotadas pelos criminosos foi, de fato, uma grande equalizadora. Diante disso, muitos – incluindo Foucault – viriam a admirar esse aspecto da teoria de Becker. Vale dizer que, assim como não há distinções morais ou axiológicas acerca dos criminosos e dos “não criminosos”, tampouco há distinções valorativas quanto aos atos ilícitos: assim, sob o paradigma econômico, “não há nenhuma diferença entre uma infração ao código de trânsito e um assassinato premeditado” (FOUCAULT, 2008, p. 346).

Assim, é certo que Foucault dá crédito aos assim chamados “neoliberais” no que é devido: uma teoria da subjetividade criminal em que não há diferença entre assassinos e transgressores de leis de trânsito, mediante a qual os economistas provocam um baque necessário nos trabalhos criminológicos. Trata-se de um movimento renovador, o qual – como nota Foucault e como bem o sabe Becker – tem raízes no liberalismo clássico.

Nesse movimento teórico representado pela Teoria Econômica do Crime, o criminoso não mais é objeto de qualquer estigmatização. O próprio Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2012, p. 7) elucida que, quando refere a criminosos, não faz alusão somente aos criminosos que são punidos nos tribunais, mas a todos os criminosos que podem se envolver em roubo, furto, estupro e outros crimes⁷⁴. Não se trata, pois,

⁷⁴ Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 7) observa que se tem as leis e o criminoso potencial – e a abordagem econômica não diz que há um tipo que é criminoso e um tipo que não é –, e que a Teoria Econômica do Crime faz nenhuma distinção, fundamentalmente. O economista reconhece, todavia, que algumas pessoas podem ser mais inclinadas a obedecer a lei por razões não punitivas, mas isso não implica que haja algum modelo criminal baseado na fisiologia, na biologia ou na antropologia.

apenas de um indivíduo, muito embora a teoria baseie-se exatamente em um indivíduo modelar.

Exatamente com fundamento nisso, afigura-se possível a formulação de modelos econômicos do crime, o que revela o caráter modelar da Teoria Econômica do Crime.

2.3.3. O CARÁTER MODELAR DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

A lição de Becker consiste, basicamente, em afiançar que todos são potenciais criminosos. Assim, o modelo do economista norte-americano enfatizou análises marginais, isto é, focou em mudanças no comportamento associadas com uma mudança marginal nos incentivos – sejam eles positivos ou negativos (“desincentivos”).

Criou-se, então, um modelo econômico do criminoso, que em nada difere de todo o resto dos seres humanos senão pelo fato de ter se deparado com situação na qual o cálculo de custo-benefício lhe recomendou a prática de conduta criminosa. Dilts (2009, p. 86) assevera, por exemplo, que mesmo o mais monstruoso dos criminosos pode ser entendido em termos de sua sensibilidade ou reatividade à punição e que mesmo o mais patológico – se é que de fato é possível mencionar patologias sob o paradigma econômico – é de alguma forma sensível a mudanças na política criminal.

Assim, na definição de Olsson (2012, p. 79), o criminoso é simplesmente um indivíduo que realiza determinada atividade apenas na medida em que reconheça a possibilidade de receber lucros a partir de suas ações⁷⁵. O modelo econômico de Becker assume que qualquer

⁷⁵ Registre-se que essa racionalidade ilimitada projetada por Becker é questionada, mas tarde, pela abordagem comportamental da economia do crime, que passa a desafiar as suposições quanto à racionalidade dos agentes. Paradoxalmente, porém, Harel (2014, p. 313) indica que a *behavioral law and economics* (AED comportamental) deve um grande débito ao paradigma lançado por Becker. Em sentido semelhante, Cooter e Ulen (2012, p. 469 e 495), em sua obra, descrevem as limitações do modelo econômico de escolha – particularmente no que toca às (potenciais) decisões dos criminosos –, oportunidade em que enfatizam a distinção entre o comportamento e o raciocínio e, ademais, narram que a economia tem assimilado novas descobertas da psicologia cognitiva que têm mudado a análise dos efeitos dissuasórios das penas. No mesmo sentido, Foucault (2008, p. 367) explica que a definição do objeto da análise econômica como “conjunto das respostas sistemáticas de um indivíduo às variáveis do meio” possibilita a integração à economia de técnicas comportamentais. São, segundo o pensador francês, métodos que “consistem

indivíduo incursionaria em atividades ilegais enquanto os benefícios superarem os custos, isto é, enquanto o preço for adequado. Não há, portanto, um modelo moral, antropológico ou mesmo biológico de criminoso⁷⁶ – pelo contrário, no paradigma econômico de crime, o potencial dessas teorias morais e biológicas é esvaziado –, mas indivíduos que atuam em um mercado de lucros e perdas. Assim, para Foucault (2008, p. 346),

o crime não é, de forma alguma, marcado ou interrogado a partir de características morais ou antropológicas. O criminoso não é mais que absolutamente qualquer um. O criminoso é todo o mundo, quer dizer, ele é tratado como qualquer outra pessoa que investe numa ação, que espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda.

Evidentemente, são diversos – quiçá infinitos – os fatores incidentes na prática de um crime. É necessário alertar, portanto, que o abandono de teorias que relacionam o crime à pobreza e a causas

precisamente, não em fazer a análise do significado das condutas, mas simplesmente em saber como um dado jogo de estímulos poderá, por mecanismos de reforço, acarretar respostas cuja sistematicidade poderá ser notada e a partir de qual será possível introduzir outras variáveis de comportamento – todas essas técnicas comportamentais mostram bem como, de fato, a psicologia entendida dessa maneira pode perfeitamente entrar na definição da economia tal como Becker a dá”. Trata-se, todavia, de tema que, conquanto relevante, passa ao largo do tema central deste trabalho.

⁷⁶ A dissociação de Becker (1974, p. 2-3) em relação às teorias criminológicas então dominantes fica evidente logo no início de seu ensaio, quando o autor ressalta que, apesar de a palavra “crime” ser utilizada no título (recorde-se, “*Crime and punishment: an economic approach*”) para minimizar inovações terminológicas, ele pretende que a análise seja suficientemente geral a ponto de cobrir todas as violações, não apenas *felonies* – como homicídio, roubo, e *assault*, que recebem tanta cobertura midiática – mas também crimes tributários, os assim chamados crimes de colarinho branco, ilícitos de tráfego e outras violações. O termo inglês “*felonies*”, vale dizer, representa, “originalmente, um delito mais grave que um *misdemeanour* [delitos menos graves]. Desde 1967, o termo foi abandonado (muito embora remanesça nas leis anteriores a 1967 ainda vigentes), e a lei originariamente aplicável aos *misdemeanours* aplica-se aos *felonies*” (MARTIN, 2002, p. 200). Soukhanov (1992, p. 2.704), por sua vez, define um *felony* como um dos crimes mais graves, tais como homicídio, estupro ou roubo, punível por uma sentença mais rigorosa que aquela aplicável aos delitos menos graves (os “*misdemeanours*”).

patológicas não implica abrir mão da reflexão acerca das causas do fenômeno criminal⁷⁷. Trata-se, pelo contrário, de traço característico daquilo que Dieter (2012, p. 10) denomina de Política Criminal Atuarial:

em relação aos impactos da Política Criminal Atuarial sobre a Criminologia, vê-se o progressivo abandono do estudo científico das determinações do crime e dos processos de criminalização em favor da pesquisa estatística sobre os fatores de risco associados à criminalidade. Sob a lente da economia vulgar, desiste-se de buscar uma solução para a questão criminal. Logo, se não é possível mais do que gerenciar o problema, nenhum esforço teórico se justifica para tentar compreender as causas do crime – na linha das teorias etiológicas – ou as raízes dos processos de criminalização – conforme a teoria crítica – devendo prevalecer o puro pragmatismo ao estilo “*what works?*”.

E de qualquer forma, mesmo que a Teoria Econômica do Crime ignore aqueles fatores criminógenos que são irrelevantes a nível geral, ainda assim resta um número significativo de fatores a serem considerados. Assim, Becker concebe (1997, p. 42) que a quantidade de crimes é determinada não somente pela racionalidade e pelas preferências dos potenciais criminosos, como também pelo ambiente social e econômico criado pelas políticas públicas, que incluem gastos em policiamento, punições, oportunidades de emprego, educação e programas de treinamento. O autor ainda enfatiza que, muito embora a probabilidade de um ofensor ser descoberto e condenado e a natureza e extensão da punição difiram consideravelmente de pessoa para pessoa e de atividade para atividade, há alguns fatores comuns que são compartilhados por praticamente todas as leis; são esses, portanto, os fatores que constituem o objeto de sua Teoria Econômica do Crime (BECKER, 1974, p. 1-2).

Cooter e Ulen (2012, p. 499-500), em sentido semelhante, narram que, para a Teoria Econômica do Crime, o nível de punição e a sua certeza, as oportunidades econômicas legítimas, a estrutura etária da população e outros fatores socioeconômicos proveem uma explanação

⁷⁷ O próprio Posner (2010, p. 97) indica, todavia, que a distribuição de renda influencia nos índices de criminalidade, o que, de qualquer maneira, não implica conexão automática entre pobreza e criminalidade.

completa sobre o nível de atividade criminal em um determinado lugar e tempo.

Assim, a AED – e, especificamente aqui, a Teoria Econômica do Crime – não se ocupa de todas as minúcias que, no caso concreto, levaram o agente econômico a agir dessa ou daquela forma. Em verdade, a análise econômica propõe um olhar a nível geral, de forma a excluir detalhes que, conquanto relevantes no caso concreto, não têm o potencial de influenciar a análise coletiva que se pretende elaborar. Muito embora o modelo de Becker se erija sobre assunção acerca das escolhas individuais – a teoria das escolhas racionais –, a abordagem econômica não tem em seu cerne os indivíduos; trata-se de análise geral, a nível coletivo.

Becker (1974, p. 9-10) observa que, no paradigma econômico, o comportamento criminal torna-se parte de uma teoria muito mais geral, que não requer a formulação de conceitos *ad hoc* de associação diferencial, anomia e afins, mas também não presume perfeito conhecimento⁷⁸, cálculos na velocidade da luz, tampouco outras caricaturas da Teoria Econômica.

E isso se deve, como aponta Vecchio Jr. (2012, p. 20), à completa impossibilidade de determinar, em cada caso individual, todos os fatores que envolvem o comportamento criminoso. Se mesmo nos casos particulares é impossível identificar todas as determinantes do ato criminoso, essa dificuldade se multiplica em uma análise global⁷⁹. No

⁷⁸ No mesmo sentido, Cooter e Ulen (2012, p. 469) apontam que a Teoria Econômica do Crime toma como base do modelo econômico de crime um criminoso informado, que conhece os custos, benefícios e as probabilidades associados ao crime; que é neutro ao risco; ainda, assume-se que todos os custos e benefícios do criminoso são monetários. Registram, todavia, que muitos criminosos são imperfeitamente informados sobre os benefícios do crime e as probabilidades e magnitudes da punição; que os criminosos dificilmente são neutros ao risco; e que muitos crimes têm punições e recompensas não monetárias. Isso, evidentemente, não falseia a teoria, tampouco lhe prejudica. Como se asseverou, o modelo é formulado a nível geral; é natural, portanto, que haja casos que fujam ao molde criado.

⁷⁹ Vecchio Jr. (2012, p. 22) ainda afirma que, a despeito da generalidade desse cálculo econômico quanto à conduta criminosa – o qual se pretende geral e amplamente abrangente –, Becker não tinha a pretensão de “estabelecer uma descrição total e exata da realidade, por simples incapacidade de fazê-lo”. Conti (2016, p. 5) tece observação semelhante: o autor afirma que “tanto a teoria do capital humano quanto a teoria do crime e punição de Gary Becker não se pretendem como explicação única, total e universal para o objeto em análise. Formuladas na segunda metade do século XX, suas teorias são moldadas para o

mesmo sentido, Garoupa (1997, p. 288) registra que a abordagem econômica ignora – propositalmente – muitos fatores que são importantes quando o comportamento criminal é analisado, mas fornece relevantes *insights* concernentes à forma como o indivíduo racional se comporta quando confrontado com escolhas que envolvem atos criminais.

Essa visão econômica concebe, como já se afirmou, que criminosos respondem a mudanças em seu ambiente: se cometer crimes torna-se mais custoso, haverá menos crimes. Todavia, como adverte Winter (2008, p. 8), a análise racional do crime não exige que todos os criminosos – nem mesmo a maioria – comportem-se de acordo com uma compreensão explícita da punição esperada⁸⁰. Exatamente por isso, é possível a eliminação das minúcias ínsitas aos casos concretos⁸¹. Com

uso do ferramental estatístico da econometria. Isto é, a teoria busca explicar de forma satisfatória parte significativa do objeto estudado, mas está praticamente pressuposto no método que explicar toda a variação de um dado problema é praticamente impossível. Assim, uma afirmação como ‘as pessoas agem racionalmente pensando de uma dada forma’, o entendimento rigoroso da afirmação seria: tomando o conjunto de uma população, em média há uma probabilidade de que do comportamento observado seja explicado por uma dada forma racional. É também por essa questão de método que Becker manteve ao longo da vida um contato próximo com o que pensadores de outras áreas das ciências sociais estavam fazendo – um entendimento completo de um dado fenômeno não é possível com apenas uma abordagem, embora ele enxergasse, sim, sua teoria como a mais ampla e geral”. Essa última assertiva é bastante relevante e, por isso, vale reiterá-la: muito embora Becker não acreditasse na plena abrangência de sua teoria – exatamente por conta da necessidade de eliminar minúcias que, no âmbito geral, são irrelevantes –, pensava se tratar daquela que melhor e mais amplamente descrevia (em uma abordagem positiva) e até mesmo previa (em uma abordagem normativa) a realidade. O próprio Becker (1997, p. 52) argumenta que o modelo das escolhas racionais fornece a aquela que é, atualmente, a resposta mais promissora para uma abordagem unificada do mundo social pelos estudiosos das ciências sociais.

⁸⁰ Winter (2008, p. 8) ainda complementa e vai mais longe: para ele, a análise racional do crime não requer que se saiba porque os criminosos cometem crimes. Os aspectos psicológicos e sociológicos do comportamento criminal suscitam questões interessantes e relevantes, e quanto mais se souber acerca de tal conduta, maior será a capacidade de reduzir o crime. Mas a verdadeira força por detrás das políticas criminais dissuasórias é a ideia de que o crime pode ser reduzido mediante acréscimos na punição esperada, independentemente dos motivos pelos quais os criminosos cometem crimes.

⁸¹ Observe-se que essa eliminação de minúcias não chega ao ponto de considerar irrelevantes fatores sociais tais como a disponibilidade, para o agente

efeito, para que a análise racional do crime obtenha méritos, basta que alguns criminosos levem em consideração a punição esperada. Se isso for verificado, as autoridades, na busca por uma política social para dissuadir o crime, podem controlar as taxas de criminalidade mediante a manipulação dos componentes que integram a punição esperada. E sob o paradigma da teoria das escolhas racionais, a melhor forma de prevenir a comissão de delitos é fazer com que a escolha por cometê-los se torne irracional, isto é, fazer com que o crime não compense. Exatamente nesse sentido, Becker (1974, p. 17) observa que, muito embora somente as atitudes que os delinquentes adotam possam determinar, diretamente, se o crime compensa, uma política pública de escolha racional indiretamente assegura que o crime não compense mediante o controle da sanção e da probabilidade de condenação.

A propósito da necessidade de formulação de um modelo geral, despreocupado quanto às peculiaridades dos casos concretos, Becker (1997, p. 41-42) esclarece que a racionalidade por ele pressuposta não exclui casos nos quais, a despeito de a prática de um crime ser proveitosa – isto é, em situações nas quais há uma relação positiva de custo-benefício e um pequeno (ou nenhum) risco de detecção –, os indivíduos não o cometem por conta de óbices morais e éticos. Na sequência, afirma que,

potencialmente criminoso – ou seja, todos os seres humanos –, de oportunidades no mercado de trabalho. Como Winter (2008, p. 11) afirma, é exatamente o contrário: assim, na categoria das variáveis economicamente controladas, usualmente prevê-se que a atividade criminal é inversamente relacionada às oportunidades legítimas no mercado de trabalho. No mesmo sentido, Salvo afirma que, sob a perspectiva econômica do crime, “a criminalidade estaria condicionada por uma vasta gama de fatores (variáveis independentes) contribuintes para o entendimento do comportamento criminal dos indivíduos (variável dependente). Entre as variáveis independentes estão: faixa etária, gênero, escolaridade, características do núcleo familiar e pertinência dos indivíduos a determinados estratos sociais e econômicos ‘de risco’”. Até porque a decisão atinente à perpetração de um ato criminoso nada mais é senão uma decisão quanto à escolha que se reverterá no melhor custo-benefício para o agente. Assim, “a Teoria Econômica do Crime abandona [...] uma posição em que as escolhas entre o legal e o ilegal sejam essencialmente diferentes” (VECCHIO JR., 2012, p. 2). São escolhas idênticas: ambas norteadas pela maximização da preferências do indivíduo. O fato de a conduta eleita pelo agente ser legal ou ilegal é apenas circunstancial. Assim, cabe ao Estado, na promoção de políticas públicas voltadas ao controle do crime, controlar as variáveis envolvidas nesses atos decisórios, a fim de que os agentes escolham os atos legais em detrimento dos ilegais.

se tais atitudes prevalecessem, as cadeias e polícias não seriam necessárias; assim, a racionalidade assume que alguns indivíduos tornam-se criminosos por conta das recompensas financeiras e não financeiras do crime comparadas às do mercado legal (explícito ou implícito)⁸², considerada a probabilidade de apreensão e condenação e a severidade da pena.

É esse o motivo, portanto, pelo qual se aponta o caráter modelar da Teoria Econômica do Crime: cria-se modelo que, a nível da generalidade, busca descrever e prever o comportamento criminoso, sobretudo com fundamento na aceitação de que os agentes, em suas condutas – sejam elas criminosas ou não – realizam cálculos de custo-benefício. E talvez se possa apontar, no âmago desse modelo, que o elemento central é a assunção de que o comportamento humano tem um padrão, consistente na busca pela maximização de eficiência ou do bem-estar⁸³.

⁸² No que toca ao *payoff* relativo à escolha entre os mercados legais ou ilegais, vale a remissão à lição de Conti (2016, p. 12): “a decisão de cometer um crime será uma decisão econômica como qualquer outra. O ‘criminoso’ calcula qual a rentabilidade que ele teria usando seu tempo no mercado formal, e compara essa remuneração com quanto ele ganharia dedicando seu tempo a atividades ilegais. Junto com a remuneração da atividade ilegal, ele vai levar em conta também o risco de ser pego e qual o tamanho da punição que ele será submetido caso seja pego, isto é, o produto entre p e f , as variáveis definidas pela política pública de segurança e punição. Dependendo do resultado desse cálculo e da preferência pelo risco do indivíduo, ele pode decidir pelo ‘mercado do crime’”. É relevante enfatizar que não há valorações morais ou axiológicas em relação a esse “mercado do crime”. O crime, como Becker o definiu, é uma atividade econômica como outra qualquer, que circunstancialmente se difere das demais em razão de sua tipificação em uma lei penal e da consequente cominação de uma sanção penal. Evidentemente, outras definições de crime também são possíveis. Citam-se, entre as mais clássicas, aquelas às quais os penalistas usualmente recorrem: material, formal e analítica. Por outro lado, o escopo deste trabalho, como tem sido vaticinado, é investigar se a Teoria Econômica do Crime de Becker permite a formulação de um conceito econômico-normativo de crime.

⁸³ A respeito desse padrão de comportamento e da sua utilização por Becker, Olsson (2012, p. 77) afirma que, segundo o economista norte-americano, “o comportamento humano segue um padrão, no sentido de que o indivíduo sempre (e pode-se também pensar em grupos, como famílias, empresas, Estados, etc.) buscará a maximização de seus objetivos (e resultados), como alcançar mais utilidade ou mais riqueza, por exemplo. Essa seria uma constante (mesma constante adotada pela Economia), que permite a utilização dos modelos e das ferramentas econômicas em outros campos de estudo além das fronteiras daquela ciência. Nesse sentido, há um padrão racional de comportamento capaz de

A propósito, muito embora se possa dizer, com Winter (2008, p. 97), que a escolha do criminoso pela perpetração de delitos revela a preferência por atividades ilegais em detrimento das legais – como a escolha por entrar no mercado de trabalho legítimo –, isso não implica que os criminosos tenham algum déficit moral ou alguma predileção inata pelas atividades ilícitas⁸⁴. Apenas representa que os benefícios a serem auferidos no setor ilegal da economia são potencialmente superiores àqueles que o agente pode obter em atividades legais.

Da mesma forma, Cooter e Ulen (2012, p. 497) indicam que cometer um crime exige tempo e dinheiro que poderiam ser investidos em outras atividades, como na obtenção legal de dinheiro. Portanto, como os criminosos racionais e amorais respondem aos custos de oportunidade vinculados ao crime, um aumento nas oportunidades de ganho legal de dinheiro causa respectiva diminuição na criminalidade.

Ressalte-se que a racionalidade dos agentes permeia não somente a Teoria Econômica do Crime de Becker, como também, de modo geral, todos os estudos desenvolvidos ao longo de sua carreira acadêmica⁸⁵. De fato, a teoria das escolhas racionais fundamenta toda a Teoria Microeconômica de Becker (1997, p. 51), não somente em relação aos crimes e às punições, como também no que toca à discriminação, ao capital humano, às famílias e até mesmo aos vícios (especialmente em drogas).

Portanto, a questão atinente aos incentivos incidentes sobre os agentes racionais pode ser apontada como a tônica que caracteriza todo o

permitir a análise de uma gama muito mais ampla de circunstâncias da vida humana, não propriamente ligadas ao consumo”.

⁸⁴ No mesmo sentido, e também quanto às oportunidades oferecidas – ou não – aos agentes nos mercados legais, Olsson (2012, p. 80) registra que “um elemento importante na teoria de Becker [...] é que não se pode pensar que os criminosos (especialmente aqueles que realizam crimes que trarão lucratividade financeira) seriam pessoas excluídas da sociedade ou que eventualmente não teriam aptidões para concorrer no mercado de trabalho legalizado. São pensados como agentes racionais e econômicos, como qualquer empresário”; como define Foucault (2008, p. 311), o agente econômico é um empresário de si mesmo.

⁸⁵ Exatamente nesse sentido, Posner (1993, p. 212) – após afirmar que as contribuições de Becker para a Economia geral forneceram as fundações para numerosas e promissoras áreas da pesquisa em Direito e Economia – indica que a maior relevância do economista norte-americano para o movimento de Direito e Economia encontra-se além de seus ensaios sobre a AED; reside na Economia geral, na metodologia econômica e até mesmo em sua influência e exemplo pessoais.

trabalho de Becker, nas mais variadas áreas⁸⁶. Assim, encarada a questão dos incentivos sob o prisma da racionalidade dos agentes, verifica-se que o trabalho de Becker sobre crimes e punições consiste em extensão natural de seu paradigma, escorado exatamente naqueles elementos.

2.4. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME E SUAS VARIÁVEIS

A abordagem proposta por Becker, com todas as suas nuances, implica a existência de função matemática que relaciona o número de delitos cometidos por uma pessoa com a sua probabilidade de apreensão e condenação, sua punição e outras variáveis, como o lucro disponível em outras atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e sua disposição para cometer atos ilegais.

Particularmente no âmbito da Teoria Econômica do Crime, a equação derivada do modelo econômico em questão – e que representa o cálculo de custo-benefício (também proposta por Becker, embora em termos distintos⁸⁷) – pode ser assim expressa: $S \times P > L$, em que S representa a severidade da sanção penal⁸⁸, P representa a probabilidade de detecção, apreensão e condenação e L representa os lucros auferidos pelo criminoso com a prática delituosa. A variável P tem valor mínimo

⁸⁶ Em outra obra, Posner (1993, p. 215) enumera as seguintes áreas de estudo às quais Becker se dedicou e impingiu seu raciocínio econômico e, com fundamento nisso, aponta aquela que, a seu ver, é a tônica da obra acadêmica do economista norte-americano: “Becker debruçou-se sobre numerosos campos de estudo – capital humano, discriminação, crimes, famílias e vícios, apenas para citar alguns –, mas todo o seu trabalho, incidente em diferentes áreas do comportamento humano, converge para o mesmo fenômeno básico: principalmente escolhas de carreiras (compreendidas de modo bem amplo; por exemplo: carreira profissional, familiar, criminal), a produção de commodities não-mercado-lógicas e utilidades interdependentes”. Há íntima relação entre a tônica acima apontada – os incentivos – e aquelas apontadas por Posner – como a escolha de carreiras –, na medida em que é exatamente com fundamento nos incentivos que os agentes econômicos tomam as suas decisões.

⁸⁷ Conti (2016, p. 11), por exemplo, descreve da seguinte maneira o equacionamento proposto por Becker: “Na teoria de Becker, tomando como dado o nível das técnicas de vigilância, policiamento, julgamento e punição [...] o governo poderá arbitrar sobre três variáveis: a probabilidade de pegar um criminoso (chamada de variável p), a intensidade da punição (chamada de variável f), e o quanto ele quer gastar por criminoso pego (chamada de variável C)”.

⁸⁸ A severidade da punição, de acordo com Winter (2008, p. 7), refere-se à forma como a sanção penal é executada.

igual a 0, correspondente à certeza da impunidade, e valor máximo igual a 1, correspondente à absoluta certeza de captura e condenação (o que, contudo, é impossível, em decorrência das vicissitudes da persecução penal, como a prescrição, ineficiência do aparato estatal etc.).

É necessário apontar, ademais, que Becker expressa essa função econômico-criminal em termos sensivelmente distintos daqueles acima utilizados. Transcreve-se a lição do autor:

Essa abordagem implica a existência de uma função que relaciona o número de delitos cometidos por qualquer pessoa com a sua probabilidade de condenação, sua punição (se condenada) e outras variáveis, como a renda disponível em outras atividades legais e ilegais, a frequência de “prisões incômodas” e a sua propensão ao cometimento de um ato ilegal. Isso pode ser representado como

$$O_j = O_j(p_j, f_j, u_j),$$

em que O_j é o número de delitos que a pessoa cometerá durante um período particular, p_j sua probabilidade de condenação por delito, f_j sua punição por delito e u_j uma variável que representa todas as demais influências [...].

O número total de delitos é a soma de todo O_j e depende de p_j , f_j e u_j . Ainda que essas variáveis difiram significativamente entre pessoas por conta de suas diferenças de inteligência, idade, educação, antecedentes criminais, riqueza, criação familiar etc., por simplicidade, eu considero apenas seus valores médios – p , f , e u – e descrevo a função do mercado de delitos da seguinte forma:

$$O = O(p, f, u)$$

(BECKER, 1974, p. 9-12).

Vale ressaltar que, além de abordar as variáveis atinentes à probabilidade de condenação e a sanção, Becker ainda acrescenta a variável u , que diz respeito a fatores criminógenos diversos que não se enquadram naquelas variáveis anteriores. A respeito desse elemento, Vecchio Jr. (2012, p. 23) observa existir uma

variável, de igual peso, representada pela notação u_j , que congrega todas as outras circunstâncias que envolvem a criminalidade, e podem variar a níveis extremos [...]. O próprio Becker afirma que pode haver enormes variações relativas às escolhas

particulares em função de aspectos culturais e sociais. Esse status quo não inviabiliza a teoria, mas antes, indica suas limitações: ela deve servir como um instrumento teórico, dentre outros, cuja validade parece bem alicerçada, desde que respeitados os objetivos aos quais ela se presta⁸⁹.

Diante dessa variável u , cabe atentar ao fato de que a sua relevância pode ser maior ou menor a depender da elasticidade do crime de que se trata. Quanto a tal variável, Cooter e Ulen (2012, p. 469) indagam: como as taxas de crimes respondem a aumentos na punição esperada? Em outras palavras, questionam qual é a elasticidade da demanda de crimes. Quando tal demanda é elástica, os responsáveis pelas políticas criminais podem reduzir o crime significativamente com moderados aumentos na punição esperada. Quando a demanda é inelástica, por outro lado, as variáveis equacionadas pelo modelo econômico de criminoso racional são menos importantes que outros fatores – correspondentes à variável u – como desemprego, configuração familiar, vício em drogas, qualidade da educação etc.

Cooter e Ulen (2012, p. 469) ainda apontam que no modelo econômico de crime, a explicação da conduta do criminoso racional e amoral dá-se com base em poucas variáveis: a probabilidade da punição, a sua severidade e a oportunidade para cometer crimes. Esse modelo racional simplifica a realidade de várias formas, a fim de raciocinar acerca de causas e efeitos. De qualquer forma, os autores ressaltam que a pesquisa empírica requer análises mais complexas. Com efeito, o crime possui múltiplas causas, de modo que a pesquisa empírica a seu respeito deve contar com diversos fatores.

Embora a equação em geral não possa ser expressa totalmente em números (haja vista a dificuldade de mensurar o valor de uma pena

⁸⁹ Em complemento a essa última observação concernente ao alcance da Teoria Econômica do Crime, é possível recorrer à lição de Pietropaolo (2012, p. 24), para quem “nada há que exija a restrição da teoria beckeriana do crime e da punição como referência única à compreensão do fenômeno criminal; é possível, e mais, é necessário olhar para além dela, o que também não exclui as novas contribuições do ponto de vista da perspectiva econômica”.

privativa de liberdade⁹⁰ ou do lucro de um crime de estupro⁹¹, por exemplo), bem representa as variáveis a serem ponderadas pelo potencial criminoso no processo de sua decisão.

⁹⁰ Becker (1974, p. 5), porém, acredita que “o custo das diferentes punições para um delinquente pode ser comparável através da sua conversão em seu equivalente monetário ou de valor, o qual, é evidente, é diretamente mensurável apenas para multas. Por exemplo, o custo de uma prisão é a soma dos ganhos cessados e do valor colocado nas restrições de consumo e liberdade. Como os ganhos cessados e o valor creditado às restrições da prisão variam de pessoa para pessoa, o custo de uma sentença que condena à prisão de determinada duração não é uma quantidade única, mas é geralmente maior, por exemplo, para pessoas que lucrariam mais fora da prisão. O custo para cada delinquente seria maior quanto maior fosse a sentença de prisão, uma vez que os lucros e o consumo cessantes são positivamente relacionados com a extensão das sentenças”. Vale destacar, ainda conforme a lição de Becker, que as punições afetam não apenas os delinquentes, mas também outros membros da sociedade. A prisão, por exemplo, requer gastos em guardas, pessoal de supervisão, construções, alimentação etc. Com efeito, verifica-se que o custo total das punições é o custo para os delinquentes mais o custo (ou menos o ganho) para terceiros. Por isso mesmo, o custo social da liberdade condicional, prisão e outras punições, por outro lado, geralmente excede os custos suportados pelos delinquentes, uma vez que também se atingem terceiros. As multas pagas pelos delinquentes, por sua vez, a par dos custos de cobrança, são recebidas como receita por terceiros; assim, produzem um ganho para terceiros que iguala o custo para os delinquentes e, portanto, o custo social das multas é de quase zero, uma vez que figura como uma transferência.

⁹¹ De qualquer forma, muito embora a Teoria Econômica do Crime seja igualmente aplicável a todos os delitos, é possível observar que a sua aplicação a alguns deles – principalmente em relação ao crimes de colarinho branco – é facilitada pelo fato de envolverem, em seu âmago, números explícitos (como o lucro, o custo para a dissuasão, o prejuízo etc.). Nesse sentido, colhe-se da obra do próprio Becker (1974, p. 4-5) excerto ilustrativo quanto àquilo que ora se afirma: “além disso, com o grande crescimento dos tributos e de outras leis pertinentes, a sonegação fiscal e os crimes de colarinho branco presumivelmente cresceram muito mais rápido que os *felonies*. Uma indireta evidência do crescimento do crime é o grande aumento de dinheiro corrente em circulação desde 1929. Nos sessenta anos anteriores a essa data, o dinheiro corrente, seja no que diz respeito a todo o dinheiro, seja no que toca aos gastos realizados pelos consumidores, havia diminuído substancialmente. Desde então, a despeito da urbanização, do aumento de rendas e da propagação de cartões de crédito e de outros tipos de crédito, o dinheiro em circulação aumentou substancialmente. Essa inversão pode ser explicada por um incomum crescimento das atividades ilegais, uma vez que o dinheiro corrente tem vantagens óbvias sobre cheques em

Em adendo, ressalva-se que, por outro lado, Borilli e Shikida (2009, p. 100) apontam que

a possibilidade de estimar os custos (com a vítima, custos de perda produtiva e de renda, com o sistema de justiça penal, além de danos imateriais) apresenta-se como uma das mais relevantes contribuições que os economistas podem prover em favor da análise da criminalidade.

Assim, a mensuração de todos os elementos que circundam o crime (como os custos, tanto para a sociedade, quanto para o criminoso), mais do que uma possibilidade, é uma necessidade, especialmente com vistas à formulação de políticas públicas voltadas ao controle da criminalidade.

Já Posner (1985, p. 1.199) afirma que a análise econômica não deve arrefecer nem mesmo diante fenômenos aparentemente não econômicos como o estupro, até porque é exatamente essa a grande inovação da AED e da própria Teoria Econômica do Crime: reinterpretar em termos econômicos até mesmo fenômenos que, à primeira vista, parecem absolutamente não-econômicos. No mesmo sentido, Salvo (2010, p. 5) alerta que “é comum incorrer no equívoco de achar que as variáveis econômicas são somente aquelas que podem ser expressas em valores monetários, ou seja, precificadas”. “O cálculo econômico”, elucida o autor

tem a ver com as variações nas condições de bem-estar, do indivíduo ou de toda a sociedade, assim outras variáveis não monetárias também podem, e devem, ser incluídas no objeto de estudo das ciências econômicas, visto que impactam as percepções concernentes à análise de custo/benefício dos agentes econômicos.

Novamente quanto àquela equação matemática antes apontada, tem-se que, se a multiplicação das variáveis S e P é superior ao valor do lucro ($S \times P > L$), o criminoso racionalmente optará pelo não cometimento de crimes⁹². Se, por outro lado, L é maior que $S \times P$ ($S \times P < L$), significa

transações ilegais (o oposto é verdade para transações legais), porque não resta nenhum registro da transação”.

⁹² Cooter e Ulen (2012, p. 491-492) explicam que, de acordo com a teoria econômica quanto à decisão de cometer – ou não – um crime, um aumento na punição esperada causa uma redução no crime, *coeteris paribus*. Recordam, então, que a hipótese da dissuasão afirma que o crime diminui significativamente

dizer que o custo-benefício é favorável ao indivíduo. O ato será, portanto, lucrativo – isto é, o crime compensará. Em ambos os casos, cabe ressaltar que a diferença entre o lucro do criminoso e a punição esperada equivale ao ganho líquido esperado do crime.

É interessante observar, desde já, a racionalidade subjacente à equação em questão: todas as variáveis reconduzem à racionalidade do agente econômico, que, em seu cálculo de custo-benefício, leva em conta a contraposição entre a punição esperada ($S \times P$) e o benefício esperado com a prática criminosa (L). Com efeito, como observa Rodrigues (2014, p. 54), independentemente da camada social de que se origina o delinquente, ele age pautado pela probabilidade da condenação e pelo efeito dissuasório da pena, variáveis de risco ponderadas em função do benefício (pecuniário ou não) a ser auferido com o delito. Usualmente se indica, ainda, que os agentes econômicos são mais responsivos a mudanças na certeza da punição (especialmente mediante a probabilidade de apreensão) (WINTER, 2008, p. 114).

E ainda quanto à multiplicação S e P , vale mencionar que ilustra os fatores sobre os quais o governo tem controle na formulação de suas políticas públicas de controle da criminalidade. Evidentemente, todavia, essa manipulação da sanção e da probabilidade de detecção, apreensão e condenação é custosa.

Esse custo decorrente do controle da criminalidade é representado, na obra de Becker, pela variável C . Trata-se de elemento ao qual as políticas públicas devem dar primazia na formulação das políticas de maximização de bem-estar social.

Com efeito, Becker (1974, p. 14) observa que se o objetivo fosse simplesmente dissuasão, a probabilidade de condenação, P , poderia ser aumentada até perto de 1 (ou seja, garantir-se-ia que praticamente todo criminoso seria detectado, apreendido e condenado), e se poderia fazer

– em termos técnicos, a demanda de crimes é elástica em relação à punição. Assim, os crescentes recursos que a sociedade devota à apreensão, condenação e prisão de criminosos deveriam reduzir o dano causado pelo crime. Cooter e Ulen mencionam, todavia, uma hipótese alternativa, que defende que variações na certeza e na severidade da punição não dissuadem significativamente os criminosos. Mais do que isso, o crime seria o resultado de um complexo conjunto de fatores econômicos e sociológicos. A forma apropriada de minimizar os custos sociais do crime consistiria, portanto, em atacar as suas raízes. Assim, os autores citados asseveram que, conquanto os debates públicos retratem as duas hipóteses mencionadas como mutuamente excludentes, é possíveis que ambas estejam corretas ate certo ponto.

com que as punições (representadas, aqui, por S) excedessem o ganho: dessa forma, o número de delitos poderia ser reduzido à mercê da disposição governamental. Todavia, um acréscimo significativo na probabilidade de detecção, apreensão e condenação (P) aumenta de modo também significativo o custo social (que Becker representa com a variável C) envolvido⁹³.

Por outro lado, se o objetivo fosse simplesmente o de fazer a punição corresponder ao crime – objetivo almejado pela política criminal proposta por Bentham e Beccaria⁹⁴ –, a variável P poderia ser valorada perto de 1, e a sanção (S) poderia ser igualada ao custo do dano imposto

⁹³ Quanto ao custo envolvido no controle da variável P , Becker (1974, p. 8) observa que quanto mais se investe em policiais, pessoal judiciário e equipamento especializado, mais fácil é a descoberta de delitos e a condenação de delinquentes e que quanto mais barato o pessoal judiciário (policiais, juízes, conselheiros e jurados) e quanto mais desenvolvido o estado da arte – como é determinado por tecnologias como impressão digital, escutas telefônicas, controle computadorizado e detectores de mentira –, mais barato seria atingir determinado nível de “atividade”.

⁹⁴ Foucault (2008, p. 349-350) explica que a lógica dos reformadores do Século XVIII buscava a “ideia de uma gradação das penas suficientemente sutil para que cada indivíduo, [...] em seu cálculo econômico”, se convença de que a sanção literalmente faria com que não valesse a pena delinquir. Já a política penal atual, diz o autor francês, “tem por princípio regulador uma simples intervenção no mercado do crime e em relação à oferta de crime”, de modo que o custo do *enforcement* não supere o custo da criminalidade que se quer limitar. O *enforcement* atual tem por finalidade, portanto, obter um grau de conformidade com a regra do comportamento prescrito que a sociedade acredita poder se proporcionar, levando em conta o fato de que a execução das políticas públicas de controle da criminalidade é dispendiosa. Foucault ainda observa que “a boa política penal não tem em vista, de forma alguma, uma extinção do crime, mas sim um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa [...]. O que equivale mais uma vez a colocar como questão essencial da política penal não como punir os crimes, nem mesmo quais ações devem ser consideradas crime, mas o que se deve tolerar como crime. Ou ainda: o que seria intolerável não tolerar? É a definição de Becker em ‘Crime e castigo’ [tradução de “*Crime and punishment*” realizada pelo próprio Foucault]. Duas questões aqui: quantos delitos devem ser permitidos? Segunda: quantos delinquentes devem ser deixados impunes? É essa a questão da penalidade”. Vale registrar que Foucault observa que a política criminal, sob a óptica econômica, não tem por objetivo definir o que deveria, ou não, ser criminalizado. Mas é exatamente a partir da obra do pensador francês que surge a inquietação – que é o grande *leitmotiv* deste trabalho – quanto a um possível conceito normativo de crime a ser extraído da obra de Becker.

pelo criminoso ao resto da sociedade. Novamente, todavia, tal política ignora os custos sociais de aumentos na probabilidade de detecção, apreensão e condenação e nas sanções.

A respeito disso, Becker (1974, p. 17-18) observa que havia uma tendência, durante os Séculos XVIII e XIX, nos países anglo-saxões (e, hoje, em muitos países comunistas e em países subdesenvolvidos), de punir bastante severamente os condenados pela prática de infrações penais, ao mesmo tempo em que a probabilidade de captura e condenação era bastante baixa. Uma explicação promissora dessa tendência consiste, segundo o autor, no fato de que uma elevada probabilidade de condenação obviamente absorve recursos públicos e privados, na forma de mais policiais, juízes, jurados e assim por diante. Consequentemente, uma redução nessa probabilidade compensada pelo aumento da sanção reduz os gastos no combate ao crime e, uma vez que a punição esperada remanesce inalterada, não há um óbvio aumento compensatório em relação à quantidade de danos ou ao custo das punições. O resultado pode facilmente se traduzir em contínua pressão política no sentido de manter a polícia e outros gastos relativamente baixos e, para compensar, impor fortes penas àqueles condenados.

Assim, é em meio a esse espectro que deve se situar a política pública voltada ao controle da criminalidade, a qual necessita considerar, a fim de promover a maximização do bem-estar social – isto é, a eficiência econômica –, os custos sociais envolvidos. São os custos decorrentes da imposição de uma pena, portanto, que limitam o que – e o quanto – se pode fazer em termos de punição (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6-7).

Também Conti (2016, p. 16) registra que o governo poderá “arbitrar sobre três variáveis: a probabilidade de pegar um criminoso (chamada de variável p), a intensidade da punição (chamada de variável f), e o quanto ele quer gastar por criminoso pego (chamada de variável C).” Esta última variável C representa, portanto, os dispêndios a serem levados a cabo a fim de que se executem as políticas públicas de maximização de bem-estar social no que diz respeito à criminalidade. Diante disso – da necessidade de dispêndio de recursos públicos para a concretização das políticas anticrime, Becker sustenta que a postura do governo “deve se basear num cálculo simples de minimizar os custos sociais do crime. O governo não tem condições de levar o crime a zero

pois isso seria um custo imenso em efetivos policiais e judiciais” (CONTI, 2016, p. 12)⁹⁵.

Em sentido semelhante, Rosa (2016, p. 62-63) indica o novo rumo adotado pela intervenção penal sob o paradigma economicista, focado na diminuição de custos. Diz o autor:

Ainda que se possa falar em sujeito criminoso, em processo de criminalização, no eterno dilema das causas, no paradigma economicista, justamente pelo câmbio epistemológico operado (da relação causa-efeito para a ação eficiente), a intervenção penal situa-se na contenção dos efeitos das ações individuais ao menor custo.

O próprio Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2009, p. 8), a propósito, afirma que a sua teoria diz respeito à quantidade ótima de crimes.

Outro aspecto relevante acerca da equação em comento é o fato de que, na realidade, a punição é probabilística – não é certa –, uma vez que o criminoso pode evadir-se da detenção, da apreensão e da condenação. Um tomador de decisão racional leva em conta a probabilidade da punição ao refletir acerca da prática de qualquer crime. A punição esperada equivale, segundo a definição de Cooter e Ulen (2012, p. 465), à multiplicação da probabilidade da punição por sua severidade.

Já de modo a antever essa ênfase que a Teoria Econômica passou a conferir, no Século XX, à probabilidade das punições, Beccaria destacava a relevância de que as sanções, mais que rigorosas, fossem certas. É de pouca valia, observa o autor italiano, uma punição rigorosa, mas incerta. A ênfase conferida por Beccaria (2000, p. 64) à certeza das sanções é extraída com bastante clareza do seguinte excerto de sua obra:

O rigor do suplício não é o que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição, o zelo vigilante do juiz e essa severidade inalterável que só é uma virtude no magistrado quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo

⁹⁵ A “análise dos comportamentos não-econômicos através de uma grade de inteligibilidade economista, crítica e avaliação da ação do poder público em termos de mercado” são, segundo Foucault (2008, p. 339), os “traços que se encontram na análise que certos neoliberais fizeram da criminalidade, do funcionamento da justiça penal”.

moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade.

Vale mencionar que, conquanto tecida há quase três séculos, a lição de Beccaria remanesce atual: com efeito, como relata Winter (2008, p. 20), as pesquisas da Teoria Econômica do Crime têm dado conta de que os criminosos aparentam ser mais sensíveis a mudanças na certeza da punição do que a modificações na severidade da punição.

Da mesma forma, em diferentes pontos na obra de Bentham há o reconhecimento de que o potencial dissuasório de determinado nível de punição é uma função da probabilidade de que o crime seja detectado.

A probabilidade da pena, ainda assim, é somente uma das variadas que circundam o cálculo econômico acerca dos crimes e das punições. Daquela equação que expressa o cálculo de custo-benefício elaborado pelos indivíduos para decidir quanto à prática, ou não, de um crime, se extrai, ainda, que a Teoria Econômica do Crime distingue entre o dano causado pelo crime e o custo de sua prevenção. Sob tal óptica, concebe-se que o Direito deve minimizar a soma de tais custos, o que produz a quantidade ótima de crimes. Essa denominação pode soar estranha – de fato é contraintuitivo mencionar “crimes” e “ótimo” na mesma sentença –, mas ajuda a responder as duas questões primárias com as quais se depara qualquer teoria do crime, atinentes aos atos que devem ser punidos e à extensão de tal punição. Nesse contexto, vale recordar que a principal vertente da análise econômica foca nos custos sociais, cuja medida equivale à soma do custo do dano do crime com o custo de sua prevenção. Assim, um ato deve ser criminalizado e punido se isso implicar a redução dos custos sociais. Da mesma forma, também a severidade da punição deve ser calibrada a fim de minimizar custos sociais.

Em boa parte, o raciocínio aqui tributado a Becker é endossado por Bentham. Como observa Silva (2010, p. 470), o pensador inglês,

partindo da suposição de serem as pessoas racionais, concluiu que o controle penal se resume a estabelecer um conjunto de preços pelo delito, manipulando as variáveis que determinam o custo do castigo para o criminoso em potencial: a severidade do castigo e a probabilidade da pena. Diante de tal raciocínio, mais afeiçoado ao campo da criminologia, a decisão de cometer ou não um delito ou vender um quadro seria sempre racional. Portanto, o controle penal estaria restrito a

estabelecer um conjunto de preços ou custos pelo delito. A severidade do castigo e a probabilidade de benefícios pelo crime entrariam como variáveis a serem consideradas pelo criminoso.

Verifica-se, assim, que Bentham aborda as mesmas variáveis utilizadas na equação antes mencionada, denominando-as severidade do castigo (variável S), probabilidade da pena (variável P) e benefícios (variável L).

Cabe afiançar, ainda acerca da equação em comento, que a punição esperada assemelha-se a um preço que o agente econômico potencialmente criminoso deve pagar pela prática de seus atos; assim, se esse preço for inferior ao benefício esperado da prática do ato, a decisão racional orientará o indivíduo a perpetrar a conduta em questão, independentemente de ser ela lícita ou ilícita. Quanto a esse paralelo entre as sanções e preços, Posner (2009, p. 464) afirma que

mesmo quando estuda um assunto tão comum quanto o direito penal, o economista ou o jurista de inclinação econômica tende a fazer uso intenso das ferramentas da teoria dos preços, uma vez que as penas, embora não sejam preços, têm efeitos semelhantes aos dos preços.

E se por um lado a punição esperada corresponde ao preço cominado pelo Estado à prática de um delito, por outro lado o benefício auferido pelo criminoso se apresenta como custo para a sociedade. E Olsson (2012, p. 76) alerta: “custos devem ser entendidos não unicamente em seu sentido econômico, mas como algo que a sociedade perde, deixa de ganhar, ainda que exclusivamente em relação ao bem-estar”.

Diante dessa equação – cuja mais remota origem pode ser encontrada, de forma ainda rudimentar, em Bentham – e dos custos impostos pelo Estado ao criminoso e pelo criminoso à sociedade, um desafio substancial na definição da punição esperada (isto é, $S \times P$) consiste no apropriado *trade-off*⁹⁶ entre a certeza e a severidade da punição. Para qualquer nível de punição esperada que se possa configurar, há muitas combinações de certeza e severidade que conduzem à mesma punição. Assim, as autoridades devem indagar qual é a melhor maneira

⁹⁶ “*Tradeoff*”, em Economia, é a “expressão que define situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros” (SANDRONI, 1999, p. 612).

de configurar, simultaneamente, a probabilidade de apreensão e condenação, como também devem escolher uma sanção apropriada. Como identifica Winter (2008, p. 16), os economistas, para manejar essas combinações, fundam-se em uma premissa simples: para qualquer nível de punição esperada, é necessário escolher a combinação de certeza e severidade da punição que utiliza a menor quantidade de recursos.

Para tal fim, os economistas tipicamente têm duas recomendações: a utilização de multas tanto quanto possível, bem como a combinação de uma pequena certeza de punição com uma alta severidade da punição⁹⁷.

Com efeito, quando se comparam multas e prisões – duas das formas mais comuns de sanção penal –, a manutenção de um sistema de multas tende a requerer recursos significativamente menores que aqueles exigidos para a manutenção do sistema prisional. Por um lado, a construção e a manutenção das prisões são, tipicamente, bastante custosas. As multas, por outro lado, são relativamente fáceis de configurar: escolhe-se o montante da multa e exige-se que o réu pague tal importe. Evidentemente, a administração e o *enforcement* exigem recursos, mas estes são bem menores que aqueles ínsitos ao sistema carcerário.

Verifica-se, pois, que o estudo da equação em torno da qual orbita a Teoria Economia do Crime ainda permite mencionar a preocupação central de Becker com o custo de imposição das sanções. Diz-se custo, nesse ponto, não sob a perspectiva do crime (que já foi explorada acima), mas sob a óptica do Estado e, portanto, do cálculo de custo-benefício social.

Evidentemente, nessa ponderação entre os custos e os benefícios decorrentes da imposição de dada sanção, devem ser considerados os gastos aí envolvidos.

Como esclarece Posner (1985, p. 1.207), o único custo de uma multa é, no modelo de Becker, aquele relacionado à sua coleta. Exatamente por isso, Becker (1997, p. 43) sustenta que multas são preferíveis ao encarceramento ou outras sanções porque elas são mais eficientes; com a multa, a punição para os ofensores também é uma renda para o Estado.

⁹⁷ Embora não seja este o foco do presente trabalho, vale mencionar que, a despeito da sugestão quanto à imposição de altas multas acompanhadas de uma reduzida certeza da punição, a literatura econômica têm dado conta de que pode não ser, realisticamente, uma maneira eficiente de configurar a punição esperada (WINTER, 2008, p. 20).

Já os custos sociais das prisões, significativamente superiores, incluem os custos de construí-las, mantê-las e recheá-las de pessoal, bem como o custo de oportunidade vinculado à perda da produtividade dos presos (COOTER; ULEN, 2012, p. 504)⁹⁸.

Isso explica, desde logo, a grande predileção de Becker pela imposição de multas em detrimento de penas privativas de liberdade. Não se trata, vale alertar, de abolir a prisão. O que Becker sugere é que, exatamente em razão dos custos envolvidos – nulos ou quase nulos para as multas, e elevadíssimos para as prisões –, seja conferida primazia às sanções pecuniárias.

O próprio Posner (1985, p. 1.206) converge no mesmo sentido. Afirma que, enquanto os custos de apreensão e condenação dos criminosos elevam-se com a probabilidade de apreensão – probabilidades mais altas implicam mais polícia, promotores, juízes, advogados e afins, porque mais criminosos são apreendidos e processados do que quando a probabilidade de apreensão é baixa –, os custos da cobrança de multas são, presumivelmente, zero⁹⁹, independentemente de sua dimensão. Exatamente por isso, o jurista defende que o método ótimo para dissuadir transferências coercitivas¹⁰⁰ – que são o principal objeto do Direito Penal – consiste na utilização de multas tanto quanto possível.

Também Cooter e Ulen (2012, p. 508) observam que o encarceramento por longos períodos pode não ser a mais eficaz forma de reduzir o crime, motivo pelo qual, segundo os autores, uma alternativa importante é representada pelas multas.

⁹⁸ De modo mais minucioso quanto ao custo social das prisões, tem-se que este “pode ser dividido entre a perda das vítimas (patrimoniais e pessoais) e o custo (público e privado) de prevenção. Estes últimos são mais facilmente computados. Já os gastos realizados pelos indivíduos para prevenir o crime são muito dificilmente documentados e geralmente ignoram custos indiretos como traumas, ansiedade e vidas despedaçadas” (COOTER; ULEN, 2012, p. 489).

⁹⁹ Levada às últimas consequências a assunção segundo a qual o custo das multas é nulo, seria possível chegar à conclusão de que a punição ótima é uma multa elevadíssima. É o que Garoupa (1997, p. 267) explica: “o cerne do resultado apresentado por Becker é o seguinte: a probabilidade e a severidade da punição dissuadem o crime. Portanto, a multa deve ser máxima, uma vez que é uma transferência sem custos, ao passo que a probabilidade de detecção e condenação é custosa”.

¹⁰⁰ Advirta-se que o conceito positivo de crime para Posner – que envolve as ditas “transferências coercitivas” mencionadas – será mais adiante (precisamente no Capítulo Terceiro) exposto.

Mas Shavell (2004, p. 544), por outro lado, alerta que os atos no núcleo do Direito Penal não são apropriadamente desencorajados pela ameaça de sanções monetárias por si sós, de modo que a sanção adicional de prisão se torna socialmente desejável com uma forma de dissuasão.

Essa questão dos custos envolvidos no controle da criminalidade é central na Teoria Econômica do Crime, e boa parte disso se deve à adoção da eficiência (ou da maximização do bem-estar social) como vetor a ser seguido.

Passa-se, então, a abordar esse elemento econômico central.

2.5. A EFICIÊNCIA NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

A abordagem acerca da eficiência – que, vale recordar, equivale à maximização do bem-estar social – é fundamental, uma vez que se trata do elemento econômico que norteia a adoção das políticas públicas em matéria criminal.

A propósito, cabe observar, em resgate daquilo que se articulou no subitem acima, que

se Becker atribui um trato diferenciado à probabilidade de condenação e ao nível de punições, é porque ele coloca-se do ponto de vista da adoção das políticas públicas contra a ação delituosa e dos impactos econômicos delas derivados (VECCHIO JR., 2012, p. 22-23).

O economista busca, portanto, exatamente aquilo que se indicou: a eficiência e a maximização do bem-estar social mediante a redução dos custos.

Posner (1985, p. 1.195) afirma, então, que os conceitos de Direito Penal podem ser compreendidos como se fossem destinados (embora não exclusivamente) a promover eficiência econômica. É relevante, pois, uma abordagem acerca da eficiência – eminentemente econômica – no seu diálogo com o Direito Penal. Reitera-se, no entanto, que o próprio Posner não argumenta que toda regra de Direito Penal é eficiente, tampouco que a eficiência deve ser o único valor social considerado pelas legislaturas e Cortes na criação e interpretação das regras de Direito Penal.

Parte-se, para a promoção desse aludido diálogo entre eficiência e Direito Penal, de conceito de eficiência distinto daqueles já apresentados (de Pareto e de Kaldor-Hicks): trata-se do Princípio da Eficiência Econômico-Social, que, segundo Gonçalves e Stelzer (2014), prega a harmonização da ação econômica dos agentes, com critérios como a distributividade e justiça social, que são internalizados e equacionados, a

partir de cálculo de custo e benefício, por ocasião da tomada de decisões no âmbito das relações humanas, com a devida inclusão social.

O PEES acrescenta à letra fria da lei e ao silogismo decisório subsídios a fim que ocorra a realização dos direitos individuais e coletivos para além da forma abstrata da norma e do resultado econômico descompromissado com distributividade da riqueza social privadamente apropriada.

Portanto, a AED, sob essa acepção, visa proporcionar subsídios teóricos para que o Direito alcance o maior bem-estar social possível, mediante a alocação ótima de recursos, de modo que a eficiência, em todos os seus níveis, desponta como o princípio básico a ser aplicado nas decisões judiciais e na elaboração da norma, notadamente, considerando os elementos do mínimo ético legal e da eficiência econômico-social.

Gonçalves e Stelzer (2014, p. 273) detalham o aludido princípio:

Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda, tem-se que o PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem; considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos.

Verifica-se, portanto, que, com o passar do tempo e o refinamento daquela teoria jurídico-econômica – como também a partir das críticas –, a eficiência sofreu reformulações.

Um dos mais ilustrativos exemplos é exatamente o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES). Trata-se de impor limites à eficiência – sobretudo, aqui, à eficiência no Direito Penal –, de modo que se permita a melhoria para um sem a piora ou mesmo a complementação teórica para os demais. Passa a ser eficiente, então, aquilo que efetivamente “inclui”.

Com efeito, a extrapolação desses limites que se deve impor à eficiência, ainda que sob o pretexto de encontrar a solução eficiente, é proscrita pelo PEES, bem como pelo direito ou pela garantia eventualmente violados. Produz-se, com extrapolação dos limites que se devem impor à eficiência, aquele fenômeno denominado por Aponte (2006, p. 141-142) e por tantos outros penalistas de “eficientismo penal”. Baseado em uma forma particular da eficiência (deturpada), o efficientismo penal assenta-se sobre a visão dos direitos e garantias concebidos como obstáculos para o êxito da “eficiência” real do sistema penal. Trata-se de modelos que restringem, severamente, e em nome da eficiência, os direitos fundamentais e as garantias judiciais a todo nível; que concebem o controle judicial como controle meramente formal e não material; e que privilegiam os meios sobre os fins, em temas tão delicados como o exercício do *ius puniendi*. Assim, a eficiência – ou suposta eficiência – prevalece como o objetivo, e os meios devem adequar-se a esse fim absoluto.

A propósito, vale dizer que é a busca desenfreada pela eficiência, no âmbito penal, a responsável por gerar esse efeito denominado de “eficientismo”. Maurício Stegemann Dieter, em sua tese “Política criminal atuarial: a criminologia do fim do mundo” (2012), menciona o efficientismo.

Para introduzir a menção àquele fenômeno, Dieter (2012, p. 4-6) alude a uma “desilusão quanto à capacidade estatal de evitar ou compensar o crime sem a violação sistemática dos direitos humanos”, em resposta à qual foram formuladas três respostas no que diz respeito à Política Criminal contemporânea: o populismo, o apelo à justiça global e o gerencialismo. O efficientismo – a mais expressiva dessas três tendências –, explica o autor, é desenvolvido pelo modelo econômico de gestão do risco, promovido pelo princípio da eficiência e instrumentalizado pela lógica atuarial. O protagonismo de tal tendência, sustenta Dieter, deve-se, entre outros fatores, à administrativização das práticas penais e à adoção da “ação eficiente” como norte para as ações estatais – “diretriz fundamental da administração pública pela agenda neoliberal” –, que se integram ao efficientismo. Este, por sua vez, é caracterizado pela:

- (a) prévia e precisa elucidação de seus objetivos, não raro via fixação de metas, (b) controle da produção (no caso, de criminosos), (c) redução de custos, (d) otimização de processos, (e) especialização de setores e (f) coordenação integrada de esforços.

Ainda no que toca à Política Criminal Atuarial, vale recordar que Dieter (2012, p. 87) faz referência a uma “economia vulgar”¹⁰¹, o que evidentemente se opõe à Teoria Econômica do Crime forjada por Becker e a partir dele desenvolvida. A propósito, páginas adiante, o próprio Dieter, apesar de observar que também a Política Atuarial busca ser eficiente – traço que caracteriza, igualmente, a AED –, encarrega-se de distinguir essas duas formas de enfrentar a questão criminal:

Apesar de também ser uma teoria prevencionista vinculada ao ideal de eficiência, a Política Criminal Atuarial dificilmente pode ser enquadrada como forma de aproximação econômica ao sistema penal, no sentido das teorias reunidas típicas do movimento “*Law and Economics*”, ou análise econômica do direito. Isso porque, nestas, o criminoso é visto como um ator econômico e racional que responde ao sistema de preço das penas para decidir pela prática do crime, conforme cálculo utilitário e aposta, na função de intimidação da pena, que deve ser ajustada para tornar desvantajosa a opção pelo crime. Constitui, portanto, uma teoria que privilegia a liberdade de agir do indivíduo, sujeito responsável pelo próprio destino, de acordo com suas escolhas [...]. Bem diferente é o caso da lógica atuarial, que não tem foco no potencial criminoso nem preocupação com as determinações do crime; seu objeto é a criminalidade, como expressão da regularidade do comportamento social.

Ou seja, é necessária a concepção de que a eficiência, conquanto relevante, deve sofrer limitações.

Ditas limitações, na linha daquilo que se expôs em relação ao PEES, consistem nos direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos.

¹⁰¹ Também Harcourt (2007, p. 111) observa que a Política Criminal Atuarial se vale de métodos “econômicos”: “Um dos argumentos mais fortes para o uso de métodos atuariais é o argumento econômico baseado na dissuasão e na eficiência: assume-se que as pessoas respondem racionalmente aos custos e incentivos do policiamento e utilizam-se previsões baseadas nas taxas delitivas de um grupo com o objetivo de alcançar uma maior detecção do crime. Ao maximizar a detecção do crime, o *law enforcement* dissuadirá a população mais delitiva. Essa é a mais efetiva alocação dos recursos para o *law enforcement*”.

Apenas a título exemplificativo quanto a princípios penais elementares, podem ser citados os princípios da legalidade, da intervenção mínima (com seus critérios da fragmentariedade e da subsidiariedade), da ofensividade (ou da lesividade), da adequação social, da insignificância, da responsabilidade penal pessoal, da responsabilidade penal subjetiva e da culpabilidade¹⁰² sobretudo como vetores que devem balizar a atuação do legislador na criação e na reforma de tipos penais, bem como a atuação dos julgadores. Esses preceitos são, de fato, óbices intransponíveis, para além dos quais não se pode estender a abrangência do Direito Penal, ainda que sob o pretexto da busca pela solução eficiente.

De fato, uma vez observados esses limites impostos à eficiência, a AED revela-se como valioso instrumento de criação e interpretação das normas jurídicas – tanto daquelas já existentes quanto daquelas que ainda devem ser legisladas. Pode-se dizer, assim, que os influxos econômicos aportados pela AED são relevantes sobretudo em matéria de política criminal, à qual incumbe, nos dizeres de Dias (1983, p. 11), “definir os limites últimos do punível”.

Sob a visão de Becker, o *enforcement* do Direito Penal articula-se sobre o custo social e a maximização do bem-estar. Assim, a otimização das decisões decorrentes da articulação entre a probabilidade da punição e a sua severidade acarreta a minimização das perdas resultantes dos delitos. Logo, sob o paradigma econômico, os custos associados ao crime e a seu controle constituem – para resgatar a lição de Dias – “os limites últimos do punível”.

Vale observar que essa preocupação com a maximização do bem-estar social – ou, em outros termos, com a eficiência – já se fazia presente no ideário dos reformadores modernos. Com efeito, Dilts (2009, p. 89) destaca que o objetivo da punição, ao longo do Século XVIII, não é punir menos, mas punir melhor. O autor destaca, assim, que o desenvolvimento de uma governamentalidade neoliberal, especialmente no que é aplicável à punição, consistente em movimento no mesmo sentido. O objetivo da teoria de Becker é expressamente guiado por demandas por eficiência, com a preocupação de melhor punir.

Dessa maneira, o nível ótimo do *enforcement* de qualquer crime seria aquele que minimize a um patamar mínimo tanto os custos associados ao crime quanto os custos de repressão de tal crime mediante prevenção e punição. Trata-se de acepção que se articula exatamente entre

¹⁰² Esta enumeração de princípios é extraída da obra “Fundamentos críticos de Direito Penal”, de Guilherme Merolli (2014, p. XII).

a maximização do bem-estar social e a eficiência – vetores que, de um modo ou de outro, são sinônimos¹⁰³.

Assim, a contribuição central do modelo de Becker consiste em assinalar, dada uma certa definição de crime, qual nível de policiamento e punição minimiza os custos sociais totais – ou, como Becker (1974, p. 2) provocativamente indagou, “quantos delitos devem ser permitidos e quantos delinquentes devem permanecer impunes?”. Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6) também diz ter criado um modelo normativo bastante simples, em que a questão, em relação às leis existentes – acerca das quais não se faz avaliação sobre serem boas ou não – é: “qual é a maneira ótima de abordar esse tipo de problema?”¹⁰⁴. vale recordar que “ótima”, nesse contexto, envolve a integração de diferentes considerações, tais como o custo, para a sociedade, da violação das leis – aquilo que Foucault chama de externalidades. Indaga-se, assim, qual é a melhor forma de dissuadir, com os instrumentos disponíveis¹⁰⁵, o comportamento dos potenciais criminosos.

¹⁰³ De qualquer forma, diante da eficiência e da maximização do bem-estar social, a abordagem econômica de Becker, presente em seu ensaio de 1968, ancora-se em um modelo de bem-estar social. O economista norte-americano esquivou-se de maiores considerações sobre a eficiência mercadológica: preferiu incursionar por técnicas de análises de custos sociais. Harcourt (2011, p. 133) afirma, complementarmente, que o mecanismo chave para o modelo de Becker é que a curva de demanda para o crime é decrescente: à medida que o crime se torna mais caro, menos pessoas tentarão cometê-lo. Essa é a fundação da abordagem econômica do crime e o *insight* igualitário (porque não distingue entre “criminosos” e “não criminosos”) central do modelo de Becker.

¹⁰⁴ A respeito dessa provocativa indagação, Conti (2016, p. 16) admite que “é natural que a pergunta cause estranhamento [...]. Perguntar isso seria aceitar que existe uma quantidade ótima de crimes, e isso não parece nem intuitivo nem razoável”. Ainda quanto a essas reflexões de caráter normativo, Sousa (1992, p. 118) registra que, “concorde-se ou não com as receitas da Escola de Chicago, dúvida não há de que as questões levantadas pelas análises de Gary Becker estão bem no centro das preocupações contemporâneas, na economia, no direito, na sociologia”.

¹⁰⁵ Tais instrumentos, diz Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6), são a probabilidade de apreensão e condenação de alguém, bem como a magnitude e a natureza das punições a serem impostas. Obviamente, complementa o economista, há outros instrumentos: “talvez uma forma mais efetiva de reduzir o crime se opere mediante uma melhor educação da população, para que as oportunidades sejam melhores em atividades ‘não criminais’”.

Trata-se de questionamento intimamente vinculado à eficiência e, como se viu, à maximização do bem-estar social, que são objetivos sociais primordiais sob a óptica da AED.

Do que se expôs até este ponto se extrai a criação de um espectro entre cujos limites o operador jurídico – seja o legislador, seja o juiz – pode transitar na busca pela solução mais eficaz, sem que isso implique violação a direitos e garantias fundamentais. Criam-se, efetivamente, fronteiras para o Direito Penal e, portanto, um território dentro do qual se pode buscar a solução mais eficaz.

De qualquer forma, embora crescente o seu estudo, a AED não está imune a críticas, nomeadamente aquelas relativas ao risco de que o caráter interdisciplinar daquela teoria produza um fenômeno indesejável, que é o de converter toda a Teoria Econômica no único conhecimento relevante para o estudo do Direito, olvidando preceitos básicos de garantia de direitos fundamentais. Trata-se, em linhas gerais, do sentido das críticas dirigidas à obra de Posner, sobretudo no que toca à utilização da eficiência (em uma faceta quase que exclusivamente monetária) como vetor interpretativo do Direito.

É, portanto, exatamente nesse contexto, que o respeito aos direitos fundamentais – particularmente às garantias de caráter penal-material e processual penal – apresenta-se como adequado instrumento de contenção daquela receada conversão: de um caráter interdisciplinar, obtido da conjugação de preceitos jurídicos e econômicos, para uma natureza estritamente econômica.

Dessa forma, conquanto sejam significativas as críticas à AED, sobretudo em sua inicial e mais conhecida vertente – proposta por Posner e a Escola de Chicago –, é possível aplicar tal leitura do fenômeno jurídico sem renunciar às especificidades do método jurídico, isto é, sem subordinar a aplicação do Direito à obtenção de resultados economicamente positivos, o que, em última instância, corresponderia ao condicionamento da aplicação das normas jurídicas a um referencial alheio ao Direito.

A utilização do PEES como preceito balizador da AED – particularmente, aqui, no que toca ao Direito Penal – decorre, ainda, da necessidade de harmonizar aquela teoria às instituições peculiares do sistema jurídico da *Civil Law*. De fato, uma vez que aquela teoria se originou e foi primariamente desenvolvida em solo no qual vige a *Common Law*, não se pode proceder à sua simples transposição para a *Civil Law* sem que se promovam as necessárias adaptações.

No âmbito das Ciências Penais, essa adaptação é ainda mais imprescindível, dada a relevância dos bens jurídicos em jogo – a

liberdade, de um lado, e o bem eventualmente tutelado pela prática delitativa, de outro.

Exatamente nesse sentido, Rosa (2011b, p. 246-247) formula pontual crítica quanto à importação de institutos jurídicos ínsitos à *Common Law* sem que se proceda à sua necessária adaptação às instituições pátrias:

Ainda que não dito, muitas das reformas recentes no ordenamento se deram pela fusão equivocada e irrefletida de tradições jurídicas, trazendo-se, não raro, institutos estranhos ao Direito Continental. Esse comércio de institutos do direito anglo-saxão, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente da diferença de tradições filosóficas, isto é, de uma matriz causa-efeito; parte-se, sem muita aproximação, para um panorama pragmático, no qual a eficiência prepondera. Nessa perspectiva de diálogo entre tradições diversas é que surgem possíveis justificações teóricas para, dentre outras reformas (BARROS, 2008; GIACOMOLLI 2008), a (i) sumarização e aceleração (VIRILIO, 1999) de procedimentos; (ii) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão equivocada da vítima no processo penal (BARROS, 2008); (iv) suspensão condicional do processo; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e do processo penal; (vi) discussão sobre os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal (Lei n. 9.099/95); e (viii) delação premiada.

As reformas citadas pelo jurista são, inegavelmente, relevantes, na medida em que subverteram e deram novas vestes a alguns dos mais elementares preceitos sobre os quais se escora a Ciência Penal brasileira. Esse fenômeno representado pela grande mudança provocada pela inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, de institutos estrangeiros pode ser interpretado como um prenúncio daquilo que fatalmente ocorrerá com a assimilação da AED.

Precisamente quanto à necessidade de adaptação das novidades legislativas ao sistema jurídico pátrio, Rosa (2011b, p. 241) ainda leciona:

Nesse contexto há uma manifesta tensão entre o Direito Continental e o Direito Anglo-Saxão. Os

institutos próprios de cada um dos Sistemas acabam sendo intercambiados sem a devida aproximação democrática, isto é, as novidades legislativas são implementadas em tradições filosóficas distintas, daí a perplexidade de muitas das alterações legislativas recentes (v. g. Delação Premiada). Não se trata de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que essa discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam práticas e modos de pensar diferenciados.

É constante, portanto, a preocupação quanto à importação da AED e de todo o paradigma que lhe acompanha a reboque.

Em outra obra, Rosa (2016, p. 168-169) novamente reverbera as diferenças e os potenciais choques decorrentes da importação de uma teoria gestada na *Common Law* para um país – como o Brasil – de tradição de *Civil Law*.

O que importa sublinhar é que a proeminência do modelo *American way of law* não encontra barreiras. Diante do poderio econômico americano e dos mecanismos comerciais de mundialização, há um constante “comércio” entre os sistemas de common law e civil law. O tempo é do *American way of law*, mas à brasileira. A influência do modo de pensar “americanizado” precisa de adaptação cultural, muitas vezes ausente.

Ressalve-se, todavia, que a própria AED decorre de um esforço consubstanciado na adaptação de categorias econômicas – sobretudo aquelas ínsitas à Microeconomia – ao Direito. Um segundo esforço é necessário, portanto, para promover a adaptação da AED e de seus preceitos criados em meio à *Common Law* ao Direito legislado.

Essa ressalva relativa à adaptação da AED e de seus preceitos para as realidades jurídicas nas quais for implantada tem singular relevância em terras brasileiras, uma vez que se cuida de País em desenvolvimento. Demanda-se, assim, uma aplicação da AED que se adéque à realidade jurídica e social em que se insere, a qual não se equivalha à prática levada a cabo nas nações desenvolvidas nos países desenvolvidos, uma vez que, como salienta Posner (2010, p. XVIII), a salvaguarda de alguns direitos possui relevância maior do que nos territórios desenvolvidos, que já consolidaram um modelo de sistemas jurídico e social.

E se é relevante destacar a acepção que a eficiência deve assumir para que se adéque a um Direito Penal garantidor dos direitos dos cidadãos, também é necessário revelar a concepção adotada por Becker quanto ao papel da eficiência em matéria criminal.

O trabalho seminal de Becker é fundado na convicção de que o Direito Penal é um método de controle do crime: é um serviço provido pelo governo para seus cidadãos, e a sua provisão, como em relação a qualquer outro serviço, deve ser eficiente. Como o próprio Becker (1974, p. 2) elucida, o método utilizado em seu artigo seminal formula uma medida da perda social decorrente dos delitos e indaga acerca daqueles investimentos em recursos e punições que minimizem essa perda. Vê-se, pois, que a eficiência rege o Direito Penal, e, assim, o *enforcement* do Direito Penal deve minimizar os custos sociais do crime. Tais custos, a propósito, incluem tanto os danos oriundos do crime quanto os recursos investidos na prevenção de crimes. E, para prover esse serviço, é necessário compreender o comportamento dos criminosos (HAREL, 2014, p. 297). Verifica-se aí, portanto, a interface entre a racionalidade dos agentes e a eficiência que deve ser perseguida pelo Direito Penal.

Com essa exposição acerca da eficiência no Direito Penal – sempre sob o paradigma da Teoria Econômica do Crime – e com a conexão entre os a própria eficiência e a racionalidade dos agentes econômicos, encerra-se o presente Capítulo, a fim de que, no próximo, se passa à investigação quanto a possibilidade de extrair um conceito normativo de crime da abordagem econômica dos crimes e das punições elaborada por Becker; é esse, afinal de contas, o escopo deste estudo.

3. O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE GARY BECKER

Neste último Capítulo do presente trabalho, investiga-se, diante de tudo que já se expôs, se é possível a identificação de um conceito normativo de crime na Teoria Econômica do Crime cunhada e desenvolvida por Becker¹⁰⁶. É este, afinal de contas, o problema em torno do qual orbita o presente trabalho. Vale recordar que a hipótese, por sua vez, é positiva: dá conta de que é possível, sim, extrair da obra de Becker um conceito normativo de crime. Cabe agora, então, verificar ou falsear a hipótese em questão.

Para tanto, parte-se da constatação de que, em seu ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, Becker (1974) se vale de modo bastante claro de um conceito positivo de crime: é criminosa aquela conduta à qual a lei comina sanção penal. Da mesma forma, verifica-se que Posner também enuncia um conceito descritivo de crime.

Busca-se, então, esse paralelo na obra de Becker. Se já há acepções quanto às condutas que são criminosas, buscam-se conceitos quanto às condutas que devem, ou não, ser criminalizadas. Tem-se, portanto, a definição ontológica, ao passo que se busca a deontológica. Assim, a despeito de Becker não haver enunciado expressamente um conceito normativo de crime, intenta-se identificar tal acepção, ainda que implícita, na obra do economista norte-americano. Trata-se, pois, de formular indagação quanto à existência de um conceito econômico de crime, que se some àqueles já existentes na doutrina penalista – formal, analítico e material.

3.1. CONCEITOS DE CRIME SOB A ÓPTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É possível afiançar, com segurança, que Becker e Posner são os principais nomes da Teoria Econômica do Crime – ambos partidários da Escola de Chicago –, a cujas obras o presente trabalho tão frequentemente tem recorrido.

¹⁰⁶ Esclarece-se que a expressão “normativo”, em conceito “normativo” de crime, não tem relação com normas jurídicas, mas com a abordagem normativa da AED. Com efeito, o conceito de crime que se vincula mais intimamente às normas jurídicas é o conceito formal, segundo o qual é considerada criminosa aquela conduta que a lei penal considera como tal. Já o conceito normativo aqui sugerido parte da abordagem normativa da AED, que perscruta o dever-ser, e, a partir daí, indica as condutas que devem, ou não, ser criminalizadas.

Assim, principia-se o presente Capítulo, em meio à investigação que aqui se pretende realizar, com exposição quanto aos conceitos positivos de crime que podem ser extraídos das obras de Posner e de Becker.

Com efeito, uma vez que se deseja investigar a existência de um conceito normativo de crime na teoria econômica de Becker, é necessário enfatizar, desde já, o conteúdo – bastante simples, por sinal – do conceito positivo articulado pelo economista norte-americano, como também por seu colega da Escola de Chicago.

Ambos os conceitos a serem expostos dizem respeito à abordagem positiva da AED. Vale recordar que, ainda no Primeiro Capítulo, foi enfatizada a relevância da divisão daquele movimento em duas abordagens complementares: a normativa e a positiva. Esta última, indicou-se, é eminentemente descritiva.

Assim, desde já sinaliza-se que o conceito de crime de que Becker e Posner explicitamente se valem em suas obras é de caráter marcadamente positivo – muito embora o de Posner também tenha um conteúdo normativo. São, portanto, conceitos eminentemente ontológicos, que dizem respeito ao “ser”, e não ao dever-ser (aspecto com o qual se ocupa a abordagem normativa da AED).

3.1.1. O CONCEITO POSITIVO DE CRIME PARA BECKER

Neste subtópico, busca-se, a partir da obra do próprio Becker, extrair qual seria o conceito de crime para o economista norte-americano.

A acepção que aqui se busca evidenciar é aquela da qual Becker lança mão explicitamente, e não aquela que eventualmente se possa extrair das entrelinhas da obra do economista norte-americano.

Assim, antecipa-se desde já que é eminentemente positivo o conceito de crime de que Becker se vale.

O conceito positivo de crime para Becker é bastante simples: em síntese, é crime aquela conduta que a lei penal define como tal; ou ainda, é crime aquela conduta à qual a lei comina a sanção penal. Com efeito, como se verificou no Capítulo anterior, o modelo normativo de Becker é bastante simples, motivo pelo qual não se faz avaliação quanto à circunstância de as leis existentes serem boas ou não.

Em verdade, como registra Dilts (2009, p. 83), o conceito positivo de crime de Becker não remete à lei de modo imediato, mas apenas de modo mediato. A acepção em questão remete, em primeiro plano, à pena cominada à conduta. Assim, consubstancia crime toda conduta que se

sujeita a uma sanção penal. É o custo da conduta – simbolizado pela pena –, portanto, que a caracteriza como criminosa.

De qualquer forma, como as penas devem estar todas em lei penal por força do princípio da legalidade – segundo o qual os crimes e as penas devem encontrar expressa previsão legal –, também se pode dizer que é criminosa toda aquela conduta que a lei define como tal.

Essa definição de Becker, que considera sobretudo o custo da conduta a ser perpetrada pelo agente econômico, é elaborada a partir da racionalidade desse mesmo agente. Muito embora a aceção segundo a qual é crime aquilo que a lei define como tal pareça simplista e até simplória, não o é. Trata-se de conceito que, ao levar em conta a perspectiva do cálculo racional elaborado pelos agentes potencialmente criminosos, se revela congruente com todo o resto da Teoria Econômica do Crime de Becker.

Cuida-se, portanto, de conceito eminentemente ontológico – o que é o crime? –, cuja utilização por Becker justifica-se sobretudo a partir da perspectiva do agente racional, que deve aferir os custos e benefícios de sua conduta em função daquilo que o ordenamento jurídico lhe permite antever. Assim, se este *homo economicus* (para utilizar a terminologia de que se valem Foucault e seus discípulos na denominação dos agentes econômicos) conjectura a possibilidade de praticar uma conduta legalmente descrita como crime, a criminalização dessa mesma conduta tem repercussões relevantes em seu cálculo de custo-benefício – eminentemente, a imposição de sanções penais.

Diante dessa aceção, Foucault (2008, p. 344) observa que a manutenção da análise do problema do crime no interior de uma problemática econômica parte da definição do crime. Becker, segundo a conjectura do pensador francês, diria o seguinte: “chamo de crime toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena”. Diante disso, Foucault afirma que “a definição dos [demais] neoliberais é bem próxima: é o que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena”. Muda-se, assim, o ponto de vista: do fato (aceção legal) para aquele que cometerá o crime.

Por sua vez, Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 8), em análise da obra de Foucault, comenta que o pensador francês aprova a sua concepção de crime e desaprova a de Bentham¹⁰⁷, uma vez

¹⁰⁷ O conceito de crime de Bentham, cabe recordar, funda-se em estrita proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a dimensão das sanções, a fim de que cada crime tivesse sua pena matematicamente correspondente. Esse conceito funda-se na aceção de que seria possível e desejável a eliminação

que, de acordo com a abordagem do economista norte-americano, não há a tentativa de empreender um cálculo em relação a quais leis devem existir ou não – como havia na obra daquele pensador inglês.

Assim, verifica-se que a análise empreendida por Becker quanto ao conceito de crime é positiva – não é, portanto, normativa –, na medida em que se vale da aceção legalmente concebida. Como observa Harcourt (2011, p. 136), o economista norte-americano confinou sua análise ao Direito positivo.

Diante disso, Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 9) traça paralelo entre a aceção de crime adotada pelo Código Penal francês de 1810 e por Becker: explica que, embora sejam muito similares – é crime aquela conduta à qual é cominada sanção penal –, adotam perspectivas diferentes: a lei francesa define o crime sob a perspectiva da soberania da lei – assim, cabe somente à lei definir crimes e penas –, ao passo que o economista norte-americano concebe o crime sob a óptica do agente racional; Becker, vale dizer, expressa sua concordância com tal visão.

O próprio Foucault (2008, p. 360-361) já observara essa semelhança; em seu curso “O nascimento da biopolítica”, relata que

O artigo I do Código Penal de 1810, que permaneceu em vigor em suas disposições essenciais até 1994, baseava a distinção das infrações – contravenções, delitos e crimes – na natureza da pena determinada. Reservava a qualificação de “crime” para a “infração que as leis punem com uma pena afliativa ou infamante”.

A disposição do Código Penal francês também é semelhante àquela encontrada no artigo 1º Decreto-lei nº 3.914, de 1941 – isto é, a Lei de introdução do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941) –, que dispõe o seguinte:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de

completa de todos os crimes, o que se obteria exatamente mediante sistema rígido de punições em que houvesse essa correspondência matemática e econômica entre crimes e sanções que dissuadiria todos os agentes a não cometer crimes.

prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

Assim, verifica-se que, muito embora a acepção de Becker seja muito similar àquelas encontradas nas leis francesa e brasileira, se distingue por conta da perspectiva adotada, que é diversa: enquanto o economista norte-americano conceitua o crime – em uma abordagem positiva – sob a óptica do agente econômico, aquelas normas o fazem sob a perspectiva da soberania estatal e do monopólio do *ius puniendi*.

A perspectiva adotada por Becker é muito relevante porque permite a integração com a assunção relativa à racionalidade dos agentes. Isto é, se os agentes econômicos são racionais, é fundamental, para fins de dissuasão, que lhes seja informado o rol de condutas às quais são cominadas sanções penais. Somente assim o indivíduo poderá sopesar os custos e benefícios de sua conduta: poderá, assim, avaliar se o crime compensa, ou não. Em outros termos, cotejará a punição esperada ($S \times P$) e o benefício esperado (L).

Com efeito, como explica Dilts (2009, p. 83) sob a óptica da obra de Foucault, a definição de crime, para Becker, não é encontrada na lei, mas em seu custo: a punição figura, pois, como um preço. O crime é, assim, aquilo que sujeita o agente a uma punição.

Essa acepção positiva de crime adotada por Becker sob a perspectiva da racionalidade – é crime aquilo que a lei define como tal, porque o agente deve saber quais condutas são criminalizadas – coincide, em parte, com o que Beccaria pregava dois séculos antes. Também sob a óptica dos agentes racionais – embora, obviamente, não com o mesmo refinamento encontrado dois séculos mais tarde –, o pensador italiano enfatizava que as leis devem ser acessíveis aos cidadãos, a fim de que calculem o custo-benefício de seus atos; como se alertou, Beccaria (2000, p. 24) pregava que,

Com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime. Gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que levam os homens a se reunir em sociedade [...]. Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais os homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o

conhecimento e a certeza das penas colocuem um freio à eloquência das paixões.

Nesse aspecto – isto é, quanto ao acesso da população à lei penal –, Foucault (2008, p. 341) acredita que a concepção de crime adotada por Becker aproxima-se daquela de que se valiam Beccaria e Bentham. O pensador francês narra, então, que a solução idealizada por Beccaria, sustentada por Bentham e eleita pelos legisladores e codificadores dos Séculos XVIII e XIX era eminentemente legalista, a qual se fundava na premissa de que o bom funcionamento do sistema penal demanda uma boa lei. Segundo o pensador francês, trata-se, em termos econômicos, de reduzir os custos de transação. Com efeito, “a lei é a solução mais econômica para punir devidamente as pessoas e para que essa punição seja eficaz”. A partir dessa lógica, tipifica-se o crime – eis o princípio da legalidade penal –, estabelecem-se as penas, obedece-se a uma proporção entre as sanções e os delitos e, por fim, aplica-se a lei. Essa simples mecânica é a forma mais econômica de se aplicarem as penas e de eliminar as condutas prejudiciais à sociedade. A lei foi adotada, no âmbito penal, como princípio da economia. Trata-se de conceber o indivíduo como *homo penalis* – homem penalizável –, que se expõe à lei (*homo legalis*) e pode ser por ela punido, de modo que também se revela como *homo oeconomicus*. A lei figura, portanto, como articuladora do problema penal e do problema econômico. Cabe, aqui, remissão a excerto da obra em que Foucault (2008, p. 346) analisa a Teoria Econômica do Crime de Becker:

A punição – aqui também me remeto à definição de Becker – é o meio utilizado para limitar as externalidades negativas de certos atos. [...] aqui também estamos bem próximos de Beccaria ou de Bentham, de toda a problemática do século XVIII em que [...] a punição era justificada pelo fato de que o ato punido era nocivo e que era por isso mesmo que se havia feito uma lei. Era também esse mesmo princípio de utilidade que devia ser aplicado à medida da punição. Devia-se punir de maneira tal que os efeitos nocivos da ação pudessem ser ou anulados ou prevenidos.

Exposto o conceito positivo de crime para Becker – fundamental no cotejo com a acepção normativa que se busca identificar –, passa-se, na sequência, à exposição da acepção de crime de que Posner se vale, a qual acabou por encontrar o espaço para seu surgimento exatamente na

lacuna deixada por Becker, que, a despeito de ser pioneiro na Análise Econômica do Direito Penal, se limitou a uma conceituação bastante simples de crime.

3.1.2. O CONCEITO DE CRIME PARA POSNER

Se o conceito positivo de crime é bastante simples na obra de Becker – o qual, em verdade, não chega a problematizar qualquer acepção de crime, mas apenas a toma como um dado –, o mesmo não se pode dizer daquele criado por Posner. Com efeito, o jurista norte-americano, em sua obra, cunha um conceito positivo (com algumas nuances normativas) de crime intimamente vinculado aos mercados (explícitos e implícitos) e à eficiência que lhes é inerente.

Posner (1985, p. 1.193-1.195) alerta que, à época da elaboração de seu ensaio “*An economic theory of the Criminal Law*” – em 1985 –, as doutrinas substantivas e os conceitos de Direito Penal ainda passavam ao largo dos estudos econômicos, motivo pelo qual havia pouca pesquisa acerca de tais matérias. O jurista de Chicago ainda afirma que isso contrasta radicalmente com o que se verificava em relação à responsabilidade civil (*tort law*), muito embora este ramo do Direito se relacione intimamente com o Direito Penal. As noções de responsabilidade civil – dentre as quais a Fórmula de Hand¹⁰⁸ é a mais ilustrativa –, diz Posner, têm em sua essência fatores econômicos, ao passo que os conceitos que dominam o Direito Penal parecem alheios ao pensar econômico; isto é, adotam uma perspectiva aparentemente não-econômica. O autor, todavia, assevera discordar de tal situação, por achar que o Direito Penal – tal como a *Common Law* em geral – tem significado econômico e pode promover a eficiência.

Exatamente por isso, o jurista discorre acerca de certas questões exatamente através dessa óptica econômica: reflete acerca de reincidência, tentativa e conspiração, instigação e auxílio, indução de

¹⁰⁸ Posner (2005, p. 11) explica a Fórmula de Hand: “B < PL é a fórmula de negligência anunciada pelo célebre juiz Learned Hand, do Tribunal de Apelações, em uma opinião judicial de 1947, mas que não foi reconhecida como uma fórmula econômica para os casos de negligência senão depois de muitos anos”. Posner ainda pondera que “Hand não era economista e propôs a fórmula para decidir um caso legal. Este é um exemplo do isomorfismo das doutrinas legais e dos princípios econômicos; os últimos podem ser utilizados para iluminar e refinar os primeiros. Esse isomorfismo é uma chave para o caráter frutífero que a Economia positiva oferece ao Direito, isto é, para compreendê-lo como um sistema para a otimização econômica”.

crimes (como no flagrante preparado), intento criminal, insanidade estado de necessidade.

Posner (1985, p. 1.231) observa que, conquanto o Direito Penal seja geralmente considerado como domínio, por excelência, da moral, esse ramo do Direito tem uma lógica econômica impressionante, a ponto de sua evolução ser marcada pela abordagem igualmente econômica adotada por Bentham de modo bastante claro. O citado jurista ainda afirma que, conquanto juízes e legisladores nem sempre falem explicitamente a linguagem da Ciência Econômica, eles implicitamente adotam raciocínio econômico, o qual é bastante útil na exploração da estrutura do Direito de um modo geral – aí incluído, evidentemente, o Direito Penal. Posner ainda afirma que a abordagem econômica tem mais utilidade, potencial e poder do que aquela de que se valem os criminólogos radicais.

De qualquer forma, Posner ressalva não estar argumentando que toda regra de Direito Penal deveria ser eficiente ou que a eficiência deveria ser o único valor social considerado pelo Legislativo e pelo Judiciário na criação e na interpretação de regras de Direito Penal¹⁰⁹.

A partir dessas considerações iniciais, Posner (1985, p. 1.195) lança seu conceito positivo de crime. Para o jurista da Escola de Chicago, a função primordial do Direito Penal, em uma sociedade capitalista, consiste em evitar que as pessoas se evadam dos sistemas de trocas

¹⁰⁹ A respeito do tema, é interessante a alusão à obra de Pietropaolo, na qual o autor se debruça sobre a aplicação do método econômico ao Direito: “Posner mesmo não é linear a respeito da aplicabilidade do método econômico de forma implacável. Em outra passagem do *Economic Analysis of Law* o autor sustenta que argumentos econômicos para manter ilegal o comércio de drogas não impressionam muito, pois os mesmos argumentos poderiam ser usados para drogas lícitas, como o álcool e tabaco. Apesar disso, o autor não chega às conclusões que os argumentos poderiam levar, como feito no caso da adoção. Ele prefere especular sobre se o consumo de drogas é elástico ou inelástico, sobre os efeitos sociais da educação antidrogas, mas prefere se abster de enfrentar o problema com as ferramentas usadas em todos os outros casos: o que seria mais eficiente na produção do bem-estar social. O discurso de Posner sobre o assunto é paradoxal, pois o tema dos custos e benefícios da criminalização (e da imposição de penas) é tradicional no direito penal desde Beccaria. Posner mesmo admite a enorme influência de Bentham sobre o law and economics, a partir de considerações sobre os custos e benefícios sociais do sistema penal” (PIETROPAOLO, 2009, p. 173).

voluntárias e compensadas – o “mercado”, explícito ou implícito¹¹⁰ – em situações em que, em razão de os custos de transação serem baixos, o mercado é o *locus* mais eficaz de alocar recursos do que a troca forçada. A evasão do mercado, em tais situações, é ineficiente, no sentido em que os economistas equiparam a eficiência com a maximização da riqueza e do bem-estar social, de modo que é irrelevante a utilidade isso pode conferir ao ofensor.

O conceito econômico-positivo de crime concebido por Posner, como se verifica, vincula-se intimamente à eficiência, particularmente à eficiência dos mercados – sejam eles implícitos ou explícitos.

Com efeito, Posner (1985, p. 1.195-1.197) acredita que as proibições promovidas pelo Direito Penal se relacionam com o conceito de eficiência: assim, os atos criminalizados seriam atos ineficientes. Essa crença fundamenta-se na assunção (derivada do teorema de Coase) de que, quando os custos de transação são baixos, o mercado é – virtualmente por definição – o mais eficaz método de alocação de recursos. Assim, tentativas de evasão do mercado devem ser desencorajadas por um sistema legal voltado a promover a eficiência. Além disso, Posner esclarece que explicar o Direito Penal através de uma óptica econômica exige que se transcendam os limites convencionais da Economia, os quais não permitem comparações interpessoais de utilidade.

Pela perspectiva de Harel (2014, p. 306), Posner acredita que a melhor maneira de transferir recursos é, sempre, o mercado; portanto, a função das sanções criminais é garantir que os indivíduos não se evadam

¹¹⁰ Essa divisão entre mercados explícitos e implícitos tem paralelo na divisão das matérias abordadas pelos estudos de Direito e Economia: aquelas em que a faceta econômica é explícita (como o Direito Concorrencial, Tributário, Econômico, Financeiro) e todas as demais, em que os elementos econômicos têm sido revelados à medida em que os estudos da AED avançam. Nesse ponto, resgata-se que já se observou, no Capítulo anterior, que, em relação à racionalidade dos indivíduos, a Teoria Econômica do Crime assume que alguns indivíduos tornam-se criminosos por conta das recompensas financeiras e não financeiras do crime comparadas às do mercado legal (explícito ou implícito), considerada a probabilidade de apreensão e condenação e a severidade da pena. É exatamente desse *tradeoff* entre mercados legais e ilegais, portanto, que se ocupa a Teoria Econômica do Crime. E em relação a essa dicotomia entre mercados implícitos e explícitos, Posner dá um exemplo marcante: a dicotomia entre crimes aquisitivos (como roubo e furto) e crimes passionais é superestimada, uma vez que, segundo sustenta o autor (1985, p. 1.197), os primeiros se evadem de mercados explícitos, ao passo que os demais se evadem de mercados implícitos.

do mercado ou ainda, segundo o próprio Posner (1985, p. 1.205), para que o criminoso piore a sua própria situação com seu ato.

Em olhar semelhante, Harcourt (2011, p. 147) assinala que a função da sanção criminal, em uma economia capitalista de mercado consiste, então, em prevenir que os indivíduos se evadam do mercado, porque a evasão do mercado – o qual se assenta sobre formas de interação social involuntárias e não compensadas – é, por sua própria natureza, ineficiente, além de reduzir o bem-estar social. Assim, a atividade criminal é melhor compreendida como uma fuga do mercado, e o Direito Penal é, portanto, incumbido de evitar essa forma de evasão. A premissa central desse argumento, naturalmente, é a eficiência dos mercados. A função da sanção penal vincula-se, assim, ao funcionamento apropriado do livre mercado.

Como já se afixou, coube a Posner, diante da lacuna deixada por Becker, cunhar e desenvolver a noção de “crime” acima delineada. O problema, para Harcourt (2011, p. 137), é que o jurista norte-americano não definiu o crime com base na análise de bem-estar, mas, ao contrário, na presunção de eficiência mercadológica. Já Becker, como se afirmou no Capítulo passado, esquivou-se de digressões acerca da eficiência mercadológica e, exatamente por isso, limitou-se a métodos de análise de custos sociais.

Por sua vez, como ele próprio reconhece, Posner (1985, p. 1.195) confiou, essencialmente, no Teorema de Coase, com seu viés de ordem natural e a sua assunção quanto à eficiência mercadológica. Nesse sentido, o jurista norte-americano incutiu a presunção de livre mercado na própria concepção de crime. Diz Posner: “eu sustento que o que é proibido é uma classe de atos ineficientes”. Nesse panorama, o crime torna-se, então, uma “fuga do mercado”.

Na visão de Posner, o Direito Penal mapeia-se em simples fórmula: prescreve atos que são ineficientes no sentido de que não são governados pelas leis do livre mercado. O Código Penal, como afirma Harcourt (2011, p. 138) acerca da perspectiva econômica, não deve criminalizar comportamentos que são economicamente eficientes e que, portanto, aumentam o bem-estar social.

A sanção penal deve ser reservada, assim, para comportamentos que evitam ou desviam do mercado.

Muito embora essa acepção de Posner seja eminentemente positiva, também abarca uma abordagem normativa. Com efeito, segundo Harcourt (2011, p. 138), essa visão tem tanto aspectos normativos quanto positivos. Pela faceta positiva, descreve e explica o alcance do Direito Penal. Mas, naturalmente, esse conceito também tem uma dimensão

normativa: estabelece os contornos daquilo que o Direito Penal deve punir.

Assim, verifica-se que, criado na lacuna deixada por Becker e sob uma perspectiva tanto positiva quanto normativa, o conceito de crime, para Posner, fia-se essencialmente à eficiência mercadológica e pressupõe, além dos mercados explícitos, a existência de mercados implícitos¹¹¹.

Mas se em Posner há um conceito explícito que pelo menos em parte é normativo, o mesmo não pode ser dito acerca da obra de Becker. Investiga-se, todavia, se um conceito normativo pode ser identificado nas entrelinhas do trabalho desse economista de Chicago.

3.2. O POSSÍVEL NORMATIVO CONCEITO DE CRIME NA OBRA DE GARY BECKER

Após a exposição quanto ao conceito de crime tipicamente positivo explicitamente encontrado na obra de Becker e à acepção de crime cunhada por Posner – que aborda a questão tanto pela perspectiva positiva quanto pela óptica normativa –, o presente trabalho passa a investigar a possibilidade de identificar na Teoria Econômica do Crime daquele primeiro acadêmico um conceito normativo de crime, ainda que de forma implícita. Por mais que se saiba que Becker se evade de considerações acerca da deontologia do crime – ou seja, quanto às condutas que devem, ou não, ser criminalizadas –, é possível indagar se a obra do economista norte-americano fornece subsídios para que se formule um conceito normativo de crime e, assim, para que se possa distinguir aquelas condutas que devem, ou não, constituir objeto do Direito Penal. É viável

¹¹¹ Apenas a título de adendo, vale acrescentar que a acepção de crime adotada por Posner é alvo de algumas críticas. Harcourt (2011, p. 207-208), por exemplo, observa que a intervenção de Becker em 1968 foi atraente para muitos leitores por conta de suas premissas igualitárias – em contraste, especialmente, com os excessos terapêuticos das políticas penais de bem-estar e da estridente militância dos conservadores de *law-and-order*. De acordo com a visão econômica, todos os agentes são potenciais criminosos; trata-se apenas de uma questão de preço. Mas o autor ressalta que, quando essa concepção econômica foi canalizada no molde do livre mercado por Posner, e, assim, o crime se tornou uma fuga do mercado, a lógica subjacente justificou, para os políticos, o abarrotamento de prisões. A racionalidade da penalidade neoliberal legitimou completamente uma severa intervenção governamental em questões punitivas. Harcourt conclui com ao afirmar que dessa forma, ao dominar a imaginação pública, a ilusão dos livres mercados tornou possível o crescimento do Leviatã penal.

questionar, ademais, se essa acepção que se busca encontrar é coerente com todo o resto da obra de Becker, de modo a integrar-se com os elementos teóricos que dão sustento à Teoria Econômica do Crime.

Como introdutoriamente se sinalizou, a investigação quanto à existência, ou não, de um conceito normativo de crime a ser extraído da obra de Becker, passa, introdutoriamente, pela análise de outros dois escritos do economista norte-americano, para além de seu célebre ensaio publicado no ano de 1968.

Passa, ademais, pela análise que Foucault (2008) e seus epígonos – mormente Dilts (2009), Ewald (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013) e Harcourt (2006; 2007; 2011; 2014) – fizeram da Teoria Econômica do Crime, uma vez que, a partir dela, indicaram que Becker poderia ter estendido sua teoria de forma a criar um conceito normativo de crime que se aplicasse a todas as condutas humanas. Com efeito, essa percepção foi inicialmente salientada por Foucault e, mais tarde, passou a ser corroborada pelos autores acima mencionados. Por isso mesmo, retoma-se o “diálogo” travado entre Foucault (e seus seguidores) e Becker.

Esse *iter* é percorrido a fim de responder, à luz da Teoria Econômica do Crime, a uma das mais elementares perguntas com as quais se depara qualquer teoria acerca dos crimes e das punições: o que é crime?

Aqui, vale resgatar excerto da obra de Cooter e Ulen (2012, p. 454) na qual os autores observam que qualquer teoria do crime deve responder duas questões: “quais atos devem ser punidos?” e “em que extensão?”. A primeira consiste exatamente no objeto deste Capítulo; e, para dirimir a dúvida suscitada pelos autores, é necessário o recurso a critérios distintivos de crime – como “o que é crime?”. Resgata-se, ainda, que os autores sustentam que a Teoria Econômica – teoria de base desta pesquisa – fornece as respostas mais convincentes àquela questão mencionada. Em sentido semelhante, Conti (2016, p. 4) observa que “há uma pergunta que se coloca para todas as sociedades e que talvez seja a mais difícil delas: como punir? Todas as ideologias políticas terão que de alguma forma dar uma resposta para essa pergunta que não é nada trivial”.

Realizada essa introdução quanto à hipótese que se buscar verificar ou falsear diante do problema preliminarmente apresentado, passa-se, então, à exposição dialética das ideias de Foucault (e de seus discípulos) e de Becker quanto àquela indagação fulcral.

3.2.1. O “DIÁLOGO” ENTRE FOUCAULT, HARCOURT E BECKER

O mais remoto gérmen deste trabalho remete ao já bastante mencionado curso “O nascimento da biopolítica”, ministrado por Foucault no *Collège de France* nos anos de 1978 e 1979. Muito embora a abordagem aqui adotada filie-se mais à ideologia representada pela AED que àquela simbolizada pelo pensador francês, é em torno de uma indagação introdutoriamente lançada por Foucault que orbita o presente trabalho. A propósito, boa parte da relevância que o presente trabalho confere ao diálogo entre Foucault e Becker deve-se ao fato de que é da obra de Foucault que se extrai o alerta de que Becker deixou de explorar, integralmente, o potencial de sua Teoria Econômica do Crime.

Em determinado ponto de sua obra, e após salientar as mudanças pelas quais a Economia passara sob o paradigma (por ele denominado) de neoliberal – do qual Becker seria um grande símbolo –, Foucault (2008, p. 367) questiona:

Será que, afinal de contas, a economia não é a análise das condutas racionais, e será que toda conduta racional, qualquer que seja, não decorreria de algo como uma análise econômica? [...] Logo, no limite, por que não definir toda conduta racional, todo comportamento racional, qualquer que seja, como objeto possível de uma análise econômica?

Reflexão semelhante – formulada de modo mais sutil – já se encontrava em páginas anteriores. Foucault (2008, p. 350) observou que

A boa política penal não tem em vista, de forma alguma, uma extinção do crime, mas sim um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa [...]. O que equivale mais uma vez a colocar como questão essencial da política penal não como punir os crimes, nem mesmo quais ações devem ser consideradas crime, mas o que se deve tolerar como crime. Ou ainda: o que seria intolerável não tolerar?

De todo modo, as observações de Foucault quanto ao conceito de crime em Becker e à possível expansão do paradigma econômico em razão dessa acepção não passaram muito daquilo que acima se indicou. O pensador francês, vale recordar, inclusive teve elogios e aprovou as singelas noções de que Becker se valia, as quais lhe permitiam fugir do

problema gerado pela estrita proporcionalidade entre crimes e punições – isto é, a pretensão de erradicação da criminalidade –, bem como possibilitam uma articulação com a assunção quanto à racionalidade dos agentes, uma vez que a noção segundo a qual é crime aquela conduta à qual a lei impõe sanção penal é formulada exatamente pela perspectiva do agente econômico racional.

Décadas mais tarde, a indagação introduzida por Foucault quanto às ações que deveriam ser consideradas crime – a qual aparentemente esteve latente durante esse período – ressoou sobretudo na obra de Harcourt. Aquele questionamento, na esteira do que Foucault já indicara trinta anos antes, reflete acerca da possibilidade de extensão, no âmbito dos crimes e das punições, do paradigma econômico simbolizado por Becker.

Em sua obra “*The illusion of free markets*” – cujo título representa, de modo bastante sugestivo “A ilusão dos livres mercados” –, lançada no ano de 2011, Harcourt (2011, p. 134-135) observa que a principal contribuição da Teoria Econômica do Crime diz respeito à possibilidade de indicar, diante de determinada acepção de crime, a quais níveis o policiamento e as punições devem ser levados a fim de minimizar os custos sociais totais. O autor afirma, na sequência, que há *tradeoffs* nesse paradigma, em razão do fato de que alguns crimes devem ser melhores redutores de custos que outros: a persecução de crimes de alto custo cuja dissuasão custa pouco é mais eficaz em contraste com crimes de baixo custo cuja dissuasão tem um custo elevado.

Há aí, portanto, uma indicação do que caminho a ser seguido a fim de obter um conceito normativo de crime.

Mas Harcourt (2011, p. 135) observa que, no modelo de Becker, a determinação de quais crimes combater e do valor que se gasta em cada crime em particular depende, em última instância, do Código Penal, e, nesse sentido, o crime é definido fora do modelo. Não há, portanto, definição de crime ínsita ao modelo econômico: o crime é um dado. E uma vez que o crime é definido fora do modelo, Becker não ofereceu indicação das condutas que devem ser criminalizadas, de modo a deixar aos juristas a definição de crimes. É nesse ponto, diz Harcourt, que o problema começa, porque a perspectiva unicamente positiva de crime adotada por Becker – que concebe o crime como um dado – limita a análise de bem-estar social que poderia ser empreendida em sua Teoria Econômica do Crime. É precisamente este o objeto do Terceiro Capítulo deste trabalho.

Harcourt sustenta que o modelo econômico de Becker poderia ter levado a uma definição de crime baseada na maximização do bem-estar

social: nesse sentido, o crime poderia ser definido como qualquer comportamento humano que seria regulamentado de forma mais eficaz em termos de sanções criminais; ou, mais robustamente, qualquer comportamento humano que, quando criminalizado propriamente, maximize o bem-estar social. Em outras palavras, Harcourt defende que Becker poderia ter aplicado mais amplamente esse modelo ao comportamento humano, em vez de aplicá-lo somente ao comportamento criminoso estritamente definido pelo Código Penal. Ao fazê-lo, o modelo econômico fica refém do Código Penal. Por outro lado, a aplicação mais ampla do modelo econômico de crime a todo comportamento humano permitiria determinar, para cada conduta, se a imposição de proibições contribui, ou não, para a maximização do bem-estar social. A análise assim realizada identificaria como crimes, portanto, aqueles comportamentos que têm um custo líquido para a sociedade e que podem ser dissuadidos mais efetivamente por intermédio de sanções criminais.

Harcourt argumenta que essa abordagem mais radical significaria que todos os domínios da vida econômica, social e política se sujeitariam a uma potencial supervisão criminal. Isso significaria que a sanção criminal, pelo menos teoricamente, poderia estender-se através de toda a economia e a sociedade.

Becker (1974, p. 5), todavia, não enveredou por tal caminho. O economista norte-americano, pelo contrário, observou que o conceito de dano e a função que relaciona a sua quantidade com o nível da atividade danosa são familiares para os economistas a partir das suas muitas discussões acerca de atividades causadoras de deseconomias externas¹¹². A partir dessa perspectiva, as atividades criminais são uma importante espécie do gênero de atividades que causam deseconomias, em que o nível de atividades criminais é mensurado pelo número de delitos.

Verifica-se, portanto, que Becker não expandiu a análise para abordar todas as deseconomias. Ao contrário, como Harcourt (2011, p. 135) observa, o economista da Escola de Chicago simplesmente reconheceu a esfera penal como parte de uma maior e crescente rede regulatória. Com efeito, é o que se verifica da leitura da obra de Becker (1974, p. 1):

¹¹² Trata-se de conceito semelhante às externalidades negativas. Segundo o Novíssimo Dicionário de Economia, deseconomia externa “acontece quando a instalação de certas atividades traz aumentos de custos para as empresas ou afugenta clientes ou, ainda, desestimula a demanda de certos produtos” (SANDRONI, 1999, p. 193).

Desde a virada do século, a legislação nos países ocidentais expandiu rapidamente para reverter a breve dominação do *laissez-faire* havida durante o século XIX. O Estado não mais meramente protege contra violações da pessoa e da propriedade mediante homicídios, roubos ou violações de domicílio, como também restringe "discriminação" contra certas minorias, arranjos mercantis colusivos, travessia fora da faixa de pedestres ("*jaywalking*"), viagens, os materiais utilizados nas construções e milhares de outras atividades. As atividades restringidas não somente são numerosas, como também têm amplo alcance, de modo a afetar pessoas em diferentes carreiras e com diversas origens sociais, níveis de educação, idades, raças etc.

É interessante observar que a proposta teórica formulada por Harcourt não indica que ele (ou mesmo Foucault) aprove essa expansão do paradigma econômico, mas apenas que o autor vislumbrou essa possibilidade de conceituação de crimes sob uma óptica econômica e, assim, de extensão da abordagem econômica.

Essa hipótese quanto a um conceito deontológico de crime a ser extraído da Teoria Econômica do Crime de Becker deve ser confirmada mediante o acesso à própria obra de Becker: não somente seu artigo clássico, mas também outros artigos em que o autor abordou a temática criminal.

3.2.2. AVALIAÇÃO DOS ESCRITOS DE BECKER ACERCA DOS CRIMES E DAS PUNIÇÕES

Logo de início é relevante assinalar que, conquanto seja o grande artífice da Teoria Econômica do Crime, Becker usualmente é lembrado, no âmbito dos delitos e das punições, somente por seu ensaio "*Crimes and punishment: an economic approach*". Com efeito, apesar de sua determinante contribuição para a Teoria Econômica do Crime – a qual, pode-se dizer, surgiu a partir daquele escrito acima mencionado –, o economista norte-americano não se dedicou exclusivamente a tal tema durante sua carreira acadêmica. Muito pelo contrário, a pesquisa de Becker é absolutamente vasta: vai dos crimes às famílias, com passagem pelo capital humano e pelas discriminações.

A propósito, é exatamente este um dos grandes méritos de sua obra, além de ser um dos motivos pelos quais Becker foi laureado com o Prêmio

Nobel de Ciências Econômicas (oficialmente denominado Prêmio do Banco da Suécia para as Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel) no ano de 1992. A Academia Real das Ciências da Suécia, responsável pela concessão da láurea, declarou a que a sua atribuição ao economista norte-americano deveu-se à sua extensão da análise microeconômica para uma ampla gama de comportamento humano e da cooperação humana. Evidentemente, não se pode dizer que o trabalho de Becker acerca dos crimes e das punições não foi determinante para a sua premiação e o seu reconhecimento acadêmico; a propósito, por ocasião da concessão do prêmio antes mencionado, salientou-se que Becker “ampliou o domínio da teoria econômica para aspectos do comportamento humano anteriormente tratados por outras disciplinas de ciências sociais, como sociologia, demografia e criminologia” (NOBEL, 2014).

Para além do célebre ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*” (1974), há outros dois escritos de Becker que são fundamentais à compreensão de sua Teoria Econômica do Crime: “*The Market of illegal goods: the case of drugs*” (“O mercado de produtos ilegais: o caso das drogas”, em tradução livre), publicado em 2006, e “*More on capital punishment*” (“Mais sobre a pena capital”, em tradução livre), publicado em 2009.

A investigação aqui realizada demanda uma minuciosa análise da literatura produzida por Becker acerca dos crimes e punições, a qual se condensa em alguns poucos textos que somam, juntos, pouco mais de cem páginas. Trata-se, inclusive, de circunstância digna de nota: mesmo com uma bibliografia bastante tímida, Becker foi alçado a posição de destaque em meio à Teoria Econômica do Crime, o que se deve não somente ao fato de que foi pioneiro na abordagem econômica dos crimes e das punições, como também à influência que seus trabalhos continuam a produzir mesmo décadas após suas publicações.

O próprio Posner (1993, p. 215) observa que Becker realizou diversos estudos em uma profundidade maior do que aquela que se pode alcançar em somente um artigo, e acrescenta que o ensaio acerca dos crimes e das punições, nesse sentido, não é usual, por se tratar do único formulado pelo economista precisamente sobre tal matéria.

A propósito, é interessante observar que o que se verifica em relação à concisão da obra de Becker no que toca aos crimes e às punições é semelhante a àquilo que se pode dizer Beccaria. Com efeito, o autor lombardo entrou para os anais da História do Direito Penal em razão de um breve tratado sobre os delitos e das penas.

De qualquer forma, neste item se procede à análise dos dois artigos acima mencionados a fim de, em cotejo com “*Crime and punishment*”, avaliar a possibilidade de extrair da obra de Becker um conceito deontológico de crime.

Desde já se adverte que interessa mais ao presente trabalho a forma que o conteúdo; isto é, analisa-se o método utilizado por Becker, de modo a avaliar se é compatível com o conceito normativo que se busca.

Alerta-se, exatamente por isso, que a análise acerca dos escritos em tela é meramente descritiva – e não crítica – e destina-se tão somente a extrair da obra de Becker uma linha argumentativa quanto à eficiência e ao bem-estar nos processos de criminalização e penalização de condutas. Não se pretende refletir acerca da pena de morte ou das políticas criminais atinentes às drogas. O que se busca, mais especificamente, é avaliar a possibilidade de aprofundar e estender a faceta normativa da Teoria Econômica do Crime de Becker.

3.2.2.1. THE MARKET OF ILLEGAL GOODS: THE CASE OF DRUGS

O primeiro dos escritos de Becker a ser analisado é o artigo “*The Market of illegal goods: the case of drugs*” (2006), formulado em coautoria com os também economistas Michael Grossman e Kevin Murphy.

No ensaio mencionado, os autores empreendem uma análise econômica quanto à criminalização das drogas. Com efeito, Becker, Murphy e Grossman lançam a hipótese de que seria possível sancionar o tráfico de drogas mediante multas. Trata-se, portanto, de uma medida que constitui intermediária entre a proibição mediante penas severas – isto é, as penas privativas de liberdade – e a legalização das drogas.

Cabe elaborar, aqui, uma breve summa do escrito em questão.

O *paper* aborda os custos da redução do consumo de um bem mediante a proibição de sua produção e a punição dos produtores, com a utilização das drogas como exemplo a ser estudado. O método, portanto, diz respeito não ‘as drogas especificamente, mas a qualquer produto ilegal. A adoção das drogas é, assim, apenas um exemplo circunstancial – embora se trate de um exemplo bastante simbólico. Com efeito, os autores utilizam a oferta e a demanda de drogas ilegais como um importante exemplo, muito embora a sua abordagem seja aplicável também a outros esforços destinados a tornar ilegal a produção de

determinado produto ou serviço, como a prostituição ou restrições de vendas de vários bens a menores de idade¹¹³.

De modo preliminar, os autores afirmam que, em situações nas quais a demanda e a oferta em relação a determinado produto não são muito elásticas, não é benéfico investir na proibição, a menos que o valor social atribuído ao consumo de drogas seja muito negativo. A partir de tal premissa fundamental, os economistas em questão desenvolvem seu estudo.

Logo de início, Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 38) conjecturam que uma taxa monetária poderia causar uma redução no consumo e um aumento no preço dos produtos em questão – dos quais as drogas são exemplo circunstanciais – de modo mais significativo que o *enforcement* ótimo da proibição contra os mesmos bens se estes fossem ilegais, mesmo que alguns produtores busquem se evadir daquela taxa. A partir de então, busca-se verificar essa hipótese introdutoriamente lançada.

Para tanto, a pesquisa foca os efeitos positivos e normativos dos esforços para reduzir a quantidade de determinado bem – no caso, as drogas – mediante a proibição de sua produção e a punição dos produtores. Compara-se, assim, a efetividade de tal abordagem em cotejo com a imposição de tributos sobre a produção legal dos mesmos bens acrescida da punição dos produtores que busquem evadir-se de tais encargos financeiros. Aborda-se, ademais, a forma como a elasticidade da demanda por um bem ilegal é crucial para a compreensão dos efeitos da punição sobre os fornecedores: Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 40) indicam que, em situações nas quais a demanda é inelástica, as reduções de quantidade mediante *enforcement* contra produtores ilegais são muito custosas e podem ser desastrosas.

A propósito da política criminal atinente às drogas adotada pelos EUA, Cooter e Ulen (2012, p. 518) observam que busca interromper a

¹¹³ Os autores (BECKER; GROSSMAN, MURPHY, 2006, p. 39) ainda elucidam que a utilização das drogas como exemplo se deve ao fato de que todo presidente dos Estados Unidos da América desde Richard Nixon lutou uma “guerra” contra a produção de drogas, com a utilização da polícia, do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), a Agência Central de Inteligência (CIA), os militares, a agência federal (a “*Drug Enforcement Administration*”) e até mesmo as forças policiais e militares de outros países. Em verdade, diante da ineficácia da guerra às drogas, os autores cogitam inclusive a possibilidade de essa guerra estar sendo travada com base no interesse de grupos poderosos mais do que com fundamento no bem-estar social (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 48).

conexão entre o uso de drogas viciantes e o crime mediante o ataque à oferta dessas drogas e a redução na demanda. Sob essa perspectiva, um meio de reduzir a oferta e o uso de drogas ilegais é o aumento na punição esperada para sua venda ou compra. Assim, alguns fornecedores sairiam do mercado das drogas para dedicar-se a atividades legítimas e menos arriscadas. Ao mesmo tempo, os preços de mercado mais altos causados pela restrições à oferta fariam com que os consumidores comprassem menos drogas. Os autores advertem, no entanto, que essa política é incorreta porque as suas premissas factuais são igualmente incorretas. Segundo os afirmam, o vício torna inelástica a demanda pelas drogas, de modo que uma restrição na oferta e o resultante aumento no preço de mercado da droga ilegal não fariam com que os drogadictos reduzissem seu consumo significativamente; ao contrário, isso faria com quem tais viciados aumentassem o número de crimes cometidos para sustentar seu vício.

Diante das premissas já mencionadas, o artigo de Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 40) vale-se de funções de custo e parte de premissas tais como a assunção – tipicamente utilitária – de que o governo deve buscar a maximização do bem-estar social e a constatação de que os fornecedores ilegais dos bens proibidos – no caso do artigo, as drogas – incorporam em seus custos os dispêndios efetuados com o objetivo de evitar a sua própria detecção e punição.

Assim, comparam-se as opções de tornar ilegal a produção de determinado bem e de impor uma taxa sobre essa mesma atividade, com a punição apenas dos produtores que se evadirem de tal exação, oportunidade em que se evidencia que esta última é a melhor alternativa; nas palavras dos autores. Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 40) sustentam que isso significa, em particular, que lutar uma guerra contra as drogas mediante a legalização do uso e a tributação do consumo pode ser mais efetivo na redução do consumo do que continuar a proibir o uso de drogas.

Mais adiante, analisam-se os efeitos dos gastos com o *enforcement* a partir de um modelo do mercado de drogas ilegais, considerado o objetivo de reduzir o consumo de tais substâncias. Nessa análise, assume-se que a demanda por drogas depende do preço de mercado de tais substâncias, o que, por sua vez, é afetado pelos custos impostos aos traficantes em razão do *enforcement* e das punições, como o confisco de drogas e as prisões. A demanda pelos entorpecentes vincula-se, ainda, aos custos impostos pelo governo aos usuários.

A propósito, os autores Becker, Grossman e Murphy (2006, p. 43) observam que, com uma guerra às drogas, os custos de produção passam

a ser integrados, também, pelos custos correspondentes à punição e às tentativas de evasão.

Ademais, autores demonstram como a elasticidade da demanda determina o *enforcement* ótimo para reduzir o consumo de bens específicos. Assumem que o governo maximiza o bem-estar social, o qual, por sua vez, depende da avaliação social acerca do consumo daqueles bens mais do que da avaliação individual. Indica-se, ainda, que produtores e distribuidores de drogas adotam ações ótimas (ótimas para si próprios, evidentemente) a fim de evitar os esforços governamentais para o *enforcement*. Assim, para determinar os gastos ótimos com o *enforcement*, o governo leva em consideração como as atividades evasivas respondem a mudanças com tais despesas (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 43). É bastante perceptível, nesse trecho em particular, a utilização da teoria das escolhas racionais, uma vez que a pesquisa desenvolvida adota como uma de suas premissas, embora implicitamente, exatamente a racionalidade dos agentes.

Em verdade, dizem Becker, Grossman e Murphy (2006, p. 44-45), os produtores e traficantes que evitam a apreensão auferem maiores lucros quando as punições aumentam, uma vez que aqueles que são capturados são punidos mais severamente, de sorte que o aumento no preço de mercado dos entorpecentes excede o aumento nos custos suportados pelos produtores que se evadem de punições. E ainda que as maiores punições induzam reduções no consumo de drogas, quanto mais inelástica for a demanda, menor será tal efeito – isto é, menor será a redução no consumo.

Conclui-se, por isso, que a melhor decisão é a imposição de impostos sobre a produção de drogas, que deve ser legalizada (BECKER; GROSSMAN, MURPHY, 2006, p. 45).

Para fundamentar a conclusão a que chegaram, os autores registram que os custos marginais do *enforcement* dependem da elasticidade da demanda: são maiores quanto mais inelástica for a demanda (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 49-50). Assim, se a demanda é inelástica, os custos de produção aumentam à medida que o consumo diminui, e os custos de *enforcement* crescem mais rapidamente. Dessa forma, com uma demanda inelástica, uma guerra para reduzir o consumo somente se justificaria se o valor marginal social do consumo fosse muito negativo; e mesmo nessa hipótese, tal guerra absorveria significativos recursos públicos.

Além disso, Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 52) indicam que, quanto menor a elasticidade da oferta, mais provável é que o *enforcement* mais intenso aumente os custos de produção e, portanto, o preço de mercado das drogas, de forma a diminuir o bem-estar social.

Os autores (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 54-55) ainda reconhecem que se os tributos forem muito elevados, alguns produtores de drogas podem tentar evadir-se de tais exações, de forma a exercer seu ofício clandestinamente. De qualquer forma, afirmam que, ainda assim, a imposição de um tributo ótimo em um produto legal é sempre melhor que o *enforcement* ótimo sobre um bem ilegal. Assim, diante do que já se afirmou, Becker, Murphy e Grossman assumem que o governo pode escolher punições ótimas para produtores que comercializam na economia clandestina e que a função de demanda pelo bem não é reduzida significativamente mediante a proibição desse mesmo bem. E ainda acrescentam que mesmo se forem desconsiderados os lucros decorrentes da taxa monetária, os custos do *enforcement* seriam menores com tal taxa do que com *enforcement* penal ótimo, uma vez que poucos produziram ilegalmente, de forma que os custos de coibir a produção ilegal são maiores quando toda a produção é ilegal em relação à situação em que somente alguns produtores tornam-se ilegais para se evadirem dos tributos.

Novamente segundo o estudo, mesmo que se pretenda insistir na estratégia de aumentar o preço das drogas, a legalização da produção de tais bens acrescida à tributação consubstancia opção mais proveitosa que a simples criminalização, haja vista que, considerada a inelasticidade da demanda, a taxa monetária ótima excede o preço resultante de uma guerra às drogas (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 56).

Ainda é interessante observar que os autores (BECKER; GROSSMAN, MURPHY, 2006, p. 56) mencionam que a literatura acerca do crime da punição – oportunidade na qual fazem alusão ao ensaio publicado por Becker em 1968 – sustenta que muitas são punições mais eficientes para atividades ilegais em relação às penas privativas de liberdade e outras sanções, mas rechaçam a adoção de tal alternativa como política de enfrentamento da questão relacionada às drogas; ainda preferem, portanto, a alternativa relativa à legalização da produção de drogas.

O artigo foca-se em bens com externalidades negativas para os quais a proibição ou a imposição de tributos podem ser potenciais formas de reduzir o consumo daqueles bens. A proibição opera mediante um aumento dos custos para os fornecedores e do próprio preço de mercado do bem, como também por meio do aumento dos custos para os consumidores, ao passo que os tributos têm uma vantagem significativa sobre reduções de quantidade quando tanto a demanda quanto a oferta relacionadas ao bem taxado não são muito elásticas, e especialmente

quando ambas são inelásticas (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 57).

Nesse contexto, a elasticidade da demanda (e da oferta) exerce papel fundamental na análise do esforço para reduzir o consumo de produtos como drogas mediante a sua proibição e o *enforcement* dessa proibição por meio da punição dos fornecedores. Becker, Murphy e Grossman (2006, p. 59) afirmam que o *enforcement* diminui o consumo mediante o aumento dos custos dos fornecedores sobretudo porque eles se arriscam diante de prisões e outras punições. O aumento nos custos conduz a preços mais altos, o que, por sua vez, induz consumo menor. Mas se a demanda é inelástica – como a demanda por drogas parece ser –, então preços mais altos apenas acarretam aumento no total gasto nesses produtos ilegais. Assim, mais *enforcement* – que aumenta os preços – aumenta o custo social. Dessa forma, o custo social seria maior quanto mais se envidassem esforços para reduzir as quantidades consumidas mediante aumento nas punições.

Os tributos, por sua vez, não têm esse problema e podem ser muito mais efetivos para reduzir o consumo, qualquer que seja a elasticidade da oferta e da demanda. Nessa hipótese, somente será necessário desencorajar a produção clandestina, que buscará evadir-se dos tributos – o que, de qualquer forma, será pouco custoso.

À guisa de encerramento, os autores (BECKER; MURPHY; GROSSMAN, 2006, p. 59-60) assinalam que a resposta fornecida diz respeito à teoria do *enforcement* desenvolvida no artigo por eles elaborado e ao grande aumento dos custos de produção decorrentes das punições inerentes à guerra às drogas.

Ao final, vale enfatizar que a conclusão a que chegaram Becker, Grossman e Murphy vai ao encontro daquela defendida pela Escola de Chicago, que, em geral, é oposta à criminalização da drogas. Como narra Harcourt (2011, p. 232), muitos dos proeminentes membros da Escola de Chicago, especialmente Milton Friedman, opuseram-se à criminalização das drogas. De fato, como narra o autor, Friedman atribuía a tal forma de criminalização o horrendo crescimento da população carcerária. Harcourt ainda relata que outros pensadores da Escola de Chicago também pregavam a descriminalização das drogas, como é o caso de Epstein, que sugeria a regulamentação das drogas e a sua submissão à tributação.

Posner (1985, p. 1.200), por sua vez, concebe a venda de drogas ilícitas através do prisma da eficiência mercadológica e argumenta que a criminalização do comércio de drogas ilícitas – que ele concebe como uma troca voluntária de bens valiosos – é de difícil compreensão para um economista. Para o jurista norte-americano, essa troca, pelo menos *prima*

facie, promove a eficiência mais do que a reduz, mas ressalva que tal transação pode promover efeitos significativos em terceiros, os quais, quando levados em conta, fazem com que a transação em questão não seja maximizadora de valores. De qualquer forma, Posner argumenta que, se os recursos utilizados na guerra às drogas fossem realocados para projetos sociais – como a redução de crimes violentos –, provavelmente haveria ganho social líquido.

Em suma, arremata Harcourt (2011, p. 232), a legalização das drogas é, certamente, parte do corpo de crenças da Escola de Chicago, em razão da crença de que transações de drogas ilícitas são eficientes porque consistem em trocas voluntárias e compensadas que devem ser analisadas em termos mercadológicos.

De qualquer forma, muito embora o ensaio diga respeito à criminalização das drogas, não é exatamente esse o aspecto mais interessante do trabalho em análise – pelo menos sob a perspectiva do presente trabalho.

O que de mais relevante se extrai do artigo escrito em coautoria por Becker – mediante, por assim dizer, o método indutivo – diz respeito ao cálculo de eficiência elaborado, o qual busca aferir qual política maximiza o bem-estar social: a criminalização das drogas ou a sua legalização, com a imposição de tributos; trata-se, portanto, de uma teoria potencialmente mais geral acerca dos critérios de criminalização de uma conduta. Como Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 16) observa, o artigo simplesmente fez uma análise de custo-benefício quanto à criminalização das drogas. Com efeito, a avaliação realizada pelos autores centra-se, essencialmente, na (in)eficiência da criminalização das drogas. Assim, a análise empreendida por Becker e seus colegas parte de questão pontual especialmente relevante para a Teoria Econômica do Crime – relativa às drogas – e a articula com elementos centrais daquela teoria, tais como o *enforcement*, a assunção quanto à racionalidade dos agentes e a eficiência econômica, equiparada à maximização do bem-estar social.

Verifica-se, assim, que o artigo “*The market of illegal goods: the case of drugs*” e o método de análise nele adotado são fundamentais para efeitos deste trabalho, na medida em que corrobora a sugestão de Harcourt segundo a qual a Teoria Econômica do Crime conceberia os crimes como condutas cuja sanção pela via criminal é eficiente.

Com efeito, o raciocínio elaborado no artigo em questão, embora fundado em uma base econômica e matemática bastante complexa e robusta, é simples: a comercialização de drogas não deve ser criminalizada, uma vez que os gastos com o *enforcement* são superiores

aos gastos decorrentes das próprias drogas. A melhor alternativa, nesse cenário, indica a legalização da produção de drogas, com a imposição, sobre esse processo, de taxas financeiras e a punição aos produtores que se evadam de tais taxas.

3.2.2.2. *MORE ON CAPITAL PUNISHMENT*

O artigo “*More on capital punishment*”, escrito por Becker, foi publicado no livro “*Uncommon Sense: Economic Insights, from marriage to terrorism*” (2009) – “Senso incomum: visão econômica, do casamento ao terrorismo”, em tradução livre –, de autoria também de Posner. Tal obra consiste em uma coletânea de textos que seus coautores haviam publicado em um *blog* conjuntamente mantido – o “Becker-Posner blog” (BECKER; POSNER, 2018), descontinuado após o falecimento de Becker, em 2014 –, no qual veiculavam, sempre sob uma abordagem econômica, textos sobre temas cotidianos tais como pena de morte, *doping* de atletas, direção sob o efeito de embriaguez, apostas *online*, guerra preventiva, perfil étnico, privatização da segurança, alocações antiterroristas e punições coletivas.

Insta mencionar que o capítulo em que Becker expõe o seu raciocínio acerca da pena de morte no livro “*Uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism*” (BECKER; POSNER, 2009, p. 253-258) é formado por outros dois artigos anteriormente por ele escritos: um deles intitulado “*More on the Economics of Capital Punishment*”, publicado no Becker-Posner Blog (BECKER, 2005); o outro, sugestivamente intitulado “*The Morality of Capital Punishment*” (BECKER, 2006), publicado no *site* “Project Syndicate”.

No artigo “*More on capital punishment*”, Becker concentra sua análise na dissuasão, que é a questão crucial no debate acerca da pena de morte (BECKER; POSNER, 2009, p. 253-254). Logo de início, o autor elucida apoiar o uso de tal sanção porque – e somente porque – acredita que a sua utilização dissuade os homicidas.

Becker (BECKER; POSNER, 2009, p. 254) confessa, todavia, que os dados disponíveis são limitados, de forma que o debate não poderia fundamentar-se somente na evidência econométrica, muito embora ele acreditasse – tal como Posner, em capítulo do mesmo livro (BECKER; POSNER, 2009, p. 251-253) – que as provas preponderantes indicassem o efeito dissuasório das penas de morte. Assim, enquanto Becker registra a escassez, a dubiedade e mesmo a contradição dos dados obtidos para basear as escolhas acerca da pena de morte, Posner (1985, p. 1.210)

argumenta que a evidência científica aponta que a intuição do legislador – no sentido de instituir a pena de morte – está correta.

Nesse contexto, aponta-se que, conforme Cooter e Ulen (2012, p. 511-513), a literatura da economia da pena de morte foca-se na questão empírica quanto ao efeito dissuasório das execuções estatais. Os autores apontam, ainda, que o mais famoso estudo sobre o efeito dissuasório da pena capital foi feito por Isaac Ehrlich¹¹⁴, um economista que, seguindo o modelo de Becker, assumiu como premissa a racionalidade do (potencial) homicida, no qual se sopesa a punição esperada com o benefício esperado. Cooter e Ulen ainda afirmam haver significativa divergência dos estudos empíricos quanto aos efeitos dissuasórios da pena de morte. Concluem, assim, que a evidência estatística não fundamenta a convicção de que as execuções dissuadem homicídios.

Winter (2008, p. 114), por sua vez, afirma que, muito embora haja densa literatura que identifica a existência de relevante efeito dissuasório da pena de morte, ele não acredita que a evidência disponível tenha convincentemente confirmado ou refutado esse efeito; trata-se, ainda segundo o autor, de uma das questões mais controvertidas na atual literatura da economia do crime. Winter observa, ademais, que os dados disponíveis acerca da punição capital aparentam ser muito tímidos para corroborar resultados empíricos robustos em qualquer dos sentidos; assim, a menos que haja um substancial aumento na execução de penas de morte, talvez nunca haja dados disponíveis para formular uma resposta segura.

Diante disso, Winter (2008, p. IX) conclui, então, no sentido de que, muito embora haja um forte consenso entre economistas quanto à teoria subjacente ao efeito dissuasório da pena de morte – isto é, quanto à teoria de base que fundamenta e direciona a análise –, há acadêmicos extremamente respeitados que divergem significativamente acerca da verificação empírica da teoria. E o autor (2008, p. 42) ainda assevera, provocativamente que, se o leitor se questiona o motivo pelo qual a Economia é referida como uma Ciência obscura, uma leitura na pesquisa econômica quanto aos efeitos dissuasórios da pena de morte pode ajudá-lo a compreender.

Nesse contexto, é interessante aludir à afirmação de Cooter e Ulen (2012, p. 492) segundo a qual a econometria é indispensável nas

¹¹⁴ Cooter e Ulen referem-se ao estudo “*The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*” (“O efeito dissuasório da pena capital: uma questão de vida e morte”, em tradução livre), publicado por Ehrlich em 1975.

pesquisas quanto às causas do crime, mas também é suscetível a erros e à má utilização.

Retoma-se, então, o artigo de Becker. Segundo o economista norte-americano relata, os opositores da pena de morte defendem que o Estado não tem o direito moral de tirar a vida de quem quer que seja – mesmo o mais repreensível dos homicidas –, mas logo contra-argumenta tratar-se de conclusão equivocada aos olhos daqueles que acreditam que a pena capital efetivamente dissuade. Logo se verifica, portanto, que a discussão travada por Becker acerca da pena de morte orbita, em grande parte, em torno da moral, mais até do que em torno de evidências econométricas – como o próprio economista afirma, as provas empíricas em matéria de penas de morte são bastante dúbias.

De qualquer modo, Becker (BECKER; POSNER, 2009, p. 254-255) argumenta que, na hipótese de se considerar que a imposição da pena de morte a um homicida corresponde a três homicídios a menos – estimativa bem inferior àquela formulada por Ehrlich (em seu intrincado estudo econométrico acerca do efeito dissuasório das penas de morte) –, a não utilização da pena de morte corresponderia à morte de três vítimas inocentes; isto é, o Estado tiraria, indiretamente, essas três vidas. Na sequência, o economista ingressa no terreno moral: argui que as vidas das vítimas são muito mais valiosas em relação à dos homicidas, o que, conclui ele, motivo pelo qual se impõe ao Estado uma obrigação moral de utilizar a pena capital se tal sanção reduz significativamente o número de homicídios e salva vidas de vítimas inocentes. Assim, salvar três pessoas a cada homicida executado seria um *trade-off* bastante atrativo. Mas Becker conjectura que mesmo se apenas uma pessoa fosse salva em razão dos efeitos dissuasórios da pena de morte, ainda assim o *trade-off* seria desejável, porque usualmente a vida salva é superior à vida ceifada por aquela sanção. O economista acrescenta que, à medida que o efeito dissuasório da pena capital diminuísse, ele eventualmente se oporia àquela sanção, mas afirma que, dada a diferença entre vítimas e homicidas, o aludido efeito dissuasório necessitaria ser muito menor que o equivalente a uma vida para que ele mudasse sua convicção acerca do tema.

Na sequência, Becker reconhece que é muito desagradável tirar a vida de alguém – mesmo a vida de um homicida –, mas acrescenta que, às vezes, ações desagradáveis são imprescindíveis para dissuadir comportamentos ainda piores, que tiram a vida de vítimas inocentes.

Exatamente por isso, o economista norte-americano declara que a sua convicção no efeito dissuasório da pena de morte é parcialmente baseada nesses limitados estudos quantitativos, mas também em sua

crença de que a maior parte das pessoas tem um poderoso medo da morte. É o reconhecimento explícito, portanto, de que o pensamento de Becker acerca da pena de morte funda-se não somente em considerações econômicas, como também – principalmente – em juízos morais.

A propósito, na segunda parte do texto, Becker (2009, p. 256) afirma que o ponto fulcral de sua argumentação não consistia em provar que a pena capital dissuade homicidas, mas em argumentar contra a visão segundo a qual é “imoral” que o Estado tire vidas mediante a imposição daquela sanção mesmo diante de evidências de que são consideráveis os efeitos dissuasórios diante dos homicidas.

Mais adiante, Becker afirma que o argumento quanto à superioridade moral da vida da vítima em relação à vida do homicida torna-se menos claro quando o número de vidas salvas diminui, por exemplo, de duas para uma pessoa salva por execução. Diz o economista quanto a esse cenário:

Nesse caso, eu comparei as qualidades da vida salva e da vida ceifada, para o desânimo de alguns leitores [...]. Eu não vejo como evitar uma tal comparação. Consideremos uma pessoa com uma longa carreira criminosa, inclusive responsável por assassinatos, com uma vida que teve uma vida decente e deixou vários filhos e esposa. Suponhamos que fosse possível salvar a vida da vítima inocente mediante a execução do criminoso. Para mim, é óbvio que salvar a vida da vítima deve contar mais que tirar a vida do criminoso. Evidentemente, nem todos os casos são tão claros, mas eu estou apenas tentando estabelecer o princípio de que a comparação das qualidades das vidas individuais deve ser parte de qualquer política social razoável (BECKER; POSNER, 2009, p. 257).

De qualquer forma, com fundamento no princípio de que a severidade das punições deve equivaler-se à severidade dos crimes, Becker afirma que a pena de morte somente pode ser utilizada para homicídios, sob pena de incentivar os agentes que cometeriam delitos menos graves a assassinar suas vítimas.

Em análise do escrito de Becker, Ewald (BECKER; EWALD, HARCOURT, 2013, p. 5) observa que, para o economista norte-americano, a pena de morte é válida porque os indivíduos devem ser

sensíveis aos riscos associados a essa sanção, oportunidade em que diz o seguinte a Becker:

Você articula o seguinte argumento: no caso em que uma execução dissuade cinco homicídios, naturalmente, a análise de custo benefício milita em favor de salvar as cinco vidas e, portanto, em favor da pena de morte. Você estende essa argumentação para o caso em que a execução salve uma vida. Você argumenta que, também nessa situação, você escolheria a pena capital. Por quê? Porque – você diz – o valor da vida dos dois indivíduos não é o mesmo: a vida do homicida não tem o mesmo valor que a vida da pessoa inocente.

Após, Ewald chega a dizer que poderia concordar com a afirmação de Becker, mas levanta duas questões. Inicialmente, assevera que essa espécie de argumentação não é exatamente econômica: é moral. E continua:

Além disso, quando você diz tais coisas, o homicida está absolutamente condenado pelo resto de sua vida, ao passo que você não sabe qual será o futuro de uma pessoa inocente. Nesse ponto, a sua avaliação do valor da vida não é exatamente econômica em uma relação de risco, mas uma avaliação moral [...].

E então Ewald (BECKER; EWALD, HARCOURT, 2013, p. 5) questiona:

Não estamos no limite da argumentação econômica? Há uma pressuposição da análise econômica de que tudo tem um valor que pode ser expresso por um preço, um valor monetário. Mas a questão aqui, no contexto da pena de morte, é: “é possível avaliar o preço de uma vida, do futuro de um indivíduo?”. Isso talvez esteja além dos limites da economia, e é por isso, na minha opinião, que você faz, nesse aspecto, um julgamento moral, e não um julgamento econômico.

Becker (BECKER; EWALD, HARCOURT, 2013, p. 5), em resposta, explica que a sua teoria, agnóstica quanto à pena de morte – ou seja, despida de qualquer juízo *a priori* –, depende do número de homicídios subsequentes que podem ser dissuadidos pela pena de morte:

deve avaliar, em comparação com outras sanções, se o efeito dissuasório é grande. E então ele confessa: “por que eu concluo, portanto, que eu sou favorável à pena de morte? Eu elaboro tal julgamento baseado em poucas e limitadas evidências. Há uma grande controvérsia em relação às provas empíricas”. O economista explica, nesse ponto, que a sua Teoria Econômica do Crime é normativa: questiona o que os governos devem fazer, isto é, qual seria a melhor política em matéria criminal¹¹⁵. Diz, ainda, que seu trabalho deu base para uma série de pesquisas empíricas, as quais buscam aferir, para os diferentes tipos de crime, como é possível dissuadi-los, com foco em fatores como educação, desemprego, e melhores oportunidades para indivíduos que poderiam cometer crimes. Mas ressalva que uma pequena fração desse trabalho empírico diz respeito à pena de morte: há estudos que afirmam que a pena de morte tem um diminuto efeito dissuasório, ao passo que outras pesquisas – como aquela desenvolvida por Ehrlich – o consideram significativo. Becker argumenta, na sequência, que, a despeito da incerteza das evidências, é necessário que se tenha uma política em relação à pena de morte. Assim, o seu julgamento quanto à pena capital diz respeito, eminentemente, aos efeitos dissuasórios dessa sanção. Becker indaga, então, quanto ao número de vidas potencialmente salvas mediante a utilização da pena de morte e, assim como em seu artigo dedicado a tal tema, repete que aquela sanção é justificável na hipótese de dissuadir um homicídio, e até mesmo cogita a possibilidade de utilizar a pena capital se o índice de vidas salvas por execução for menor, como $\frac{3}{4}$ ou $\frac{1}{2}$. E tal raciocínio fundamenta-se sobretudo em uma conjecturada superioridade moral da vítima em relação ao homicida: a vida daquela teria mais valor que a vida deste.

Diante disso, é possível afirmar que se o artigo escrito por Becker, Murphy e Grossman acerca das drogas pode ser utilizado como extensão da Teoria Econômica do Crime desenvolvida pelo primeiro economista em seu célebre ensaio publicado em 1968, o mesmo não se pode dizer do escrito de Becker acerca da pena de morte.

Neste artigo, o economista parece divorciar-se de sua própria Teoria Econômica do Crime, sobretudo ao imiscuir-se em divagações morais – nomeadamente uma suposta superioridade moral das vítimas de

¹¹⁵ Vale recordar que, a despeito desse caráter normativo que a Teoria Econômica do Crime de Becker assume, não há um juízo normativo acerca do conceito de crimes; não se avalia, portanto, quais condutas deveriam ser criminalizadas. E, como se tem salientado, é exatamente sobre essa lacuna que se debruça o presente trabalho.

homicídios em relação aos autores desses mesmos delitos – com o objetivo de justificar a pena de morte.

A *ratio* da argumentação de Becker repousa, em última instância, sobre considerações morais, em detrimento de todos os pressupostos econômicos que fundamentam a sua Teoria Econômica do Crime. É bem verdade que, em determinados trechos de seus escritos acerca da pena de morte, Becker faz menção a alguns dos elementos que compõem a sua Teoria Econômica do Crime. Refere-se, por exemplo, à relevância da certeza das penas, em situação na qual o economista se vale do exemplo de apelos morosos contra a execução da pena de morte, que mitigam o poder dissuasório daquela sanção (BECKER; POSNER, 2009, p. 258).

De qualquer forma, embora utilize elementos da Teoria Econômica do Crime – mais significativamente atinente à racionalidade dos agentes –, Becker foge à sua própria construção. Exatamente por isso, alguns autores ocuparam-se de apontar o desacerto de Becker.

Levinson (2010, p. 4), por exemplo, aponta que a conclusão a que se chega no artigo de Becker certamente não é esperada: a visão dos economistas acerca de questões públicas tem muita relação com valores e crenças, tanto quanto tem com a análise precisa de dados.

É curioso e até paradoxal que Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 18) se baseie, para a análise de questão tão relevante quanto aquele atinente às penas de morte, em fundamentos eminentemente morais, justamente porque, conforme ele próprio assinala, a sua análise econômica dos crimes e das penas estimulou a produção de uma literatura voltada à quantificação dos conceitos por si trabalhados – custo, dissuasão etc. –, com vistas à aferição de qual seria a melhor política pública a se implementar.

Resgata-se que um dos méritos da obra de Becker – objeto de elogio da parte de Foucault, por exemplo – é exatamente a amoralidade com a qual se projetam o crime e o criminoso. Portanto, verifica-se que, Becker comete deslize teórico ao recorrer a considerações morais com objetivo de fundamentar a sua defesa da pena de morte. Nesse estudo, ao recorrer à moralidade, ele é inconsistente com sua própria Teoria Econômica do Crime. Com efeito, o economista norte-americano contraria um fundamento central da própria obra, que é exatamente a amoralidade.

A propósito, Harcourt (2006, p. 18) avalia que, independentemente do sentido que os discursos seguem, os textos modernos acerca da pena de morte refletem, mais do que qualquer coisa, a intuição pessoal do autor, e não uma correta derivação do princípio fundante eleito – que pode ser a Teoria Econômica, a teoria do contrato social, o utilitarismo etc. O

autor ainda afirma que independentemente da forma como a indagação é formulada e emoldurada, os escritos modernos constantemente revelam apenas a escolha ética do autor.

Outro aspecto relevante – e curioso – que se pode destacar em relação à defesa da pena de morte por Becker é o fato de que Beccaria – o fundamento primeiro da Teoria Econômica do Crime – se opunha à sanção capital. Como descreve Harcourt, “em um tempo de punições corporais brutais, o tratado de Beccaria advogava pela abolição da pena de morte, por punições medidas e proporcionais, pelo fim da tortura e por igual tratamento a despeito da nobreza ou da riqueza” (2011, p. 55).

Em verdade, dentre os *founding fathers* da Teoria Econômica do Crime, não somente Beccaria, como também Bentham opunha-se à pena de morte: o pensador inglês chega a dizer que Beccaria tratara o tema tão bem a ponto de ser desnecessário discorrer novamente sobre a questão; concorda, portanto, com as ideias do penalista italiano. Com efeito, enquanto Beccaria, o primeiro teórico das escolhas racionais, acreditava que a pena capital não pertencia ao domínio do direito soberano de punir e que provocava efeito brutalizante sobre a população, Bentham – o porta-voz da teoria da dissuasão marginal na era moderna – concordava inteiramente.

Harcourt (2006, p. 19) observa que é quase engraçado ver os pensadores modernos – entre os quais ele inclui Beccaria, Bentham e Becker – contorcendo-se para justificar suas próprias intuições éticas quanto à pena de morte. A única questão, para um teórico das escolhas racionais, deveria referir ao efeito dissuasório da pena de morte sobre potenciais homicidas. Beccaria, entretanto, escolheu acreditar que o efeito brutalizante superava o efeito dissuasório. Becker, por sua vez, escolheu acreditar que as pessoas temem a morte. De qualquer forma, ainda que a literatura econômica não seja conclusiva, Becker e Posner decidiram acreditar nos economistas que identificam um efeito dissuasório.

A despeito dessa apontada inconsistência teórica, foi o ataque contra as penas de mortes o fator que alavancou a obra de Beccaria ao sucesso. Bentham chegou a explicar que se absteria de escrever acerca da pena de morte por acreditar que Beccaria o havia feito suficientemente bem, de modo que não mais seria necessário versar acerca da matéria. De fato, como observa Harcourt (2011, p. 55), em um tempo de punições corporais brutais, o tratado de Beccaria advogava pela abolição da pena

de morte, por punições medidas e proporcionais, pelo fim da tortura e por igual tratamento a despeito da nobreza ou da riqueza¹¹⁶.

É evidente, portanto, que, apesar das muitas convergências, Beccaria e a Escola de Chicago – nomeadamente Becker e Posner – diferem no que diz respeito à pena de morte (2014, p. 50).

De qualquer forma, recorda-se que o escopo deste subitem não consistiu em debater a questão atinente à (in)eficiência da pena de morte; apenas se intenta verificar o modo como Becker, ao discorrer acerca de tal matéria sobretudo a partir de ponto de vista moral, divorciou-se da perspectiva econômica peculiar à sua abordagem acerca dos crimes e das punições. É interessante indicar, ainda, que esse deslize teórico foi apontado por muitos autores, tamanho o afastamento entre o raciocínio exposto por Becker em seu estudo sobre as penas de morte e a sobre próprio Teoria Econômica do Crime.

3.2.3. HÁ UM CONCEITO DE CRIME SUBJACENTE À TEORIA ECONÔMICA DO CRIME DE GARY BECKER?

Expostas todas as nuances que circundam a análise – desde a exposição acerca da AED até a exploração da obra de Becker, com a apreciação, ainda, da Teoria Econômica Crime –, passa-se, agora, à resposta da indagação acerca da qual orbita este trabalho: é possível extrair da obra de Becker um conceito normativo de crime?

De início, recorda-se que, muito embora Becker, em seu artigo seminal acerca dos crimes e das punições, formule indagações de caráter normativo, nenhuma delas diz respeito ao conceito normativo – e, em verdade, nem mesmo ao conceito positivo. Becker (1974, p. 2) questiona: “o que determina a quantidade e a forma de recursos e punições utilizados para fazer cumprir uma lei?”; “em particular, por que o *enforcement* difere tanto entre diferentes tipos de leis?”. O economista norte-americano ainda afirma que o principal propósito de seu ensaio consiste em responder a versões normativas dessas questões, nomeadamente: quantos recursos e

¹¹⁶ Hegel (2001, p. 91-92), por sua vez, observa que Beccaria negou ao Estado o direito de executar a pena de morte, sob o fundamento de que não se pode supor que o contrato contenha o consentimento do indivíduo com a própria morte. O filósofo alemão ainda observa que os esforços de Beccaria para abolir a pena capital tiveram bons resultados. Muito embora nem José II [então Imperador Romano-Germânico e Arquiduque da Áustria], tampouco os franceses tenham alcançado a completa abolição da pena de morte, começou-se a perder de vista quais crimes efetivamente merecem tal sanção. A pena capital, assim, tornou-se menos frequente, como de fato deveria ser o caso com a pena extrema.

quanta punição devem ser utilizados na aplicação de diferentes leis? De modo equivalente, ainda que estranhamente, quantos delitos devem ser permitidos e quantos delinquentes devem ficar impunes?

Quanto ao conceito positivo de crime, todavia, é natural que não haja indagações a esse respeito, uma vez que Becker pressupõe os crimes como um dado, sobretudo sob a perspectiva da racionalidade dos agentes.

Já em relação a um possível conceito normativo de crime, Becker abstém-se de tecer qualquer reflexão. Ainda assim, a sua obra permite antever algumas considerações que podem conduzir a um conceito normativo de crime.

Becker (1974, p. 43-44) sustenta, por exemplo, que decisões “ótimas” são interpretadas como decisões que minimizam a perda social decorrente dos delitos. Essa perda, explica o autor, consiste na soma dos danos, dos custos de apreensão e condenação, e dos custos para a imposição das penas, e pode ser minimizada simultaneamente em relação às variáveis P (probabilidade de apreensão e condenação) e S (sanção penal) e à forma de S , a menos que alguma dessas variáveis seja constringida por considerações externas. O economista chicaguista observa que a adoção do critério de maximização do bem-estar social – ou, sob outra ótica, minimização da perda social – equivaleria a dissuadir todos os delitos que causassem considerável dano se o custo de apreender, condenar e punir os delinquentes fosse relativamente pequeno.

Sousa (1992, p. 117), a propósito da maximização do bem-estar social na obra de Becker, explica que o economista norte-americano

também foi um inovador na análise económica do crime e da justiça criminal, ao procurar (1968) um critério de escolha de normas penais de que possa resultar um rendimento máximo da justiça criminal e um custo mínimo dos prejuízos sociais decorrentes da infracções e das atividades repressivas.

A alusão ao “custo mínimo” chama à lembrança a eficiência, pilar essencial da AED. Com efeito, já se salientou que a eficiência económica equivale à maximização do bem-estar social. É, portanto, a esse objetivo que se volta a faceta normativa da Teoria Económica do Crime desenvolvida por Becker.

Segundo Harel (2014, p. 301-302), o “comportamento antissocial” – expressão que se poderia equiparar a crime – é, a partir da perspectiva de Becker, aquele que gera externalidades negativas superiores aos benefícios decorrentes da conduta. Com efeito, quando algum indivíduo

toma a decisão de agir de certa forma, ele não leva em conta os custos e os benefícios que a sua conduta impõe para outros. Assim, quando o comportamento produz dano a outros e os danos esperados para outros são maiores que os benefícios esperados para o agente, o comportamento é antissocial e – desde que os custos de prevenção não sejam muito altos – deve ser regulado pelo Direito. Por isso, o comportamento antissocial é compreendido pelos economistas como aquele cujos custos são superiores que seus benefícios. Nesses casos, o agente inflige externalidades negativas que são maiores que os benefícios resultantes do comportamento. A regulação legal é concebida, nesse contexto, com o fim de dissuadir o comportamento antissocial.

O comportamento antissocial é assim definido, portanto, em relação aos custos sociais produzidos, os quais se dividem em duas espécies: o dano do crime e os recursos investidos em sua prevenção. A quantidade ótima de crime – representada pela dissuasão eficiente – equilibra tais custos, de modo a diminuí-los ao menor patamar possível. Com isso em mente, Cooter e Ulen (2012, p. 469) propõem que o Direito Penal deve minimizar o custo social do crime, o qual equivale à soma de seus danos com os custos de sua prevenção.

Essa aceção é semelhante àquela que se encontra na obra de Becker, em que é clara a adoção da maximização do bem-estar social como norte a ser seguido pelo Direito Penal.

De qualquer forma, ainda que sejam tímidas as manifestações de Becker quanto a um possível conceito normativo de crime, é perfeitamente viável extrair de sua obra considerações que levam em conta o custo das condutas a serem analisadas. Ao versar acerca da diferença entre crimes e outras atividades danosas – isto é, condutas que, conquanto sejam socialmente custosas, não são criminalizadas –, Becker (1974, p. 37) observa que um crime não é aparentemente tão diferente, em uma visão analítica, de qualquer outra atividade que produza dano externo; e complementa: quando crimes são puníveis por intermédio de multas, as diferenças analíticas virtualmente desaparecem.

A propósito, como explicam Cooter e Ulen (2012, p. 460), a tradicional teoria do Direito Penal aponta razões para as características de um crime e distingue acusações criminais de disputas cíveis¹¹⁷, mas não

¹¹⁷ Cooter e Ulen (2012, p. 461-462) distinguem os ilícitos civis dos delitos penais com a afirmação de que os processos cíveis não internalizam os custos dos crimes. Complementam, ainda, com a assertiva segundo a qual o Direito Penal entra em cena em situações nas quais a compensação é imperfeita por excelência, de modo que o Direito Penal é necessário a fim de complementar o *tort law*. No

oferece um modelo preditivo do comportamento criminal, tampouco propõe objetivo claro para o Direito Penal. A Teoria Econômica, dizem os autores, faz tudo isso e mais: propõe evidente objetivo para o Direito Penal e a política criminal, consistente em minimizar os custos sociais dos crimes. A partir de tal norte, identificam-se as políticas criminais ótimas.

3.2.3.1. O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME À LUZ DA ANÁLISE CRÍTICA DE FOUCAULT E HARCOURT

Retoma-se, aqui, a sugestão de Harcourt – que Foucault já formulara, de modo incipiente, em seu curso “O nascimento da Biopolítica” – no sentido de que a Teoria Econômica do Crime poderia ter definido o crime dentro de seu próprio modelo, de modo a estender a abordagem econômica para além daquelas condutas que já estão tipificadas no Código Penal.

Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 14 e 17), em um dos encontros entre ele, Ewald e Becker – nos quais se discutiram as relações entre a obra do economista norte-americano e de Foucault –, sugeriu que há uma teoria mais radical que poderia ter sido desenvolvida em 1968, de modo a sujeitar todo o comportamento humano ao cálculo ao qual Becker submete apenas os comportamentos criminosos assim definidos no Código Penal. A teoria de Becker poderia ter delineado, assim, o que deveria ser um crime. Dessa forma, o modelo teria concebido como criminoso qualquer comportamento cuja punição – isto é, sanção criminal – na correta medida e extensão maximizaria o bem-estar social e minimizaria custos sociais; dito de outra forma, qualquer comportamento humano que pode ser eficientemente regulado por intermédio de sanção criminal – por meio de punição propriamente

mesmo sentido, Posner (1985, p. 1.195), a partir de seu conceito positivo de crime, afirma que muitas das evasões do mercado podem ser dissuadidas pela responsabilidade civil, isto é, por meio de processos indenizatórios privados. O jurista norte-americano ainda afirma que as sanções penais são custosas por uma variedade de motivos e que as principais diferenças entre o Direito Penal e a responsabilidade civil derivam da diferença entre os custos das sanções penais e as indenizações privadas e entre os benefícios sociais de regular condutas através de algum desses dois ramos do Direito – o que coincide com a concepção de Direito Penal como *ultima ratio* do poder estatal. Em outro ponto de sua obra, Posner (1985, p. 1.214) argui que uma sanção de responsabilidade civil é próxima de um pagamento, de uma transferência e que uma sanção criminal, mesmo sob a forma de multa – e principalmente quando assume a forma de prisão ou pena de morte –, não o é.

aplicada – deve ser criminalizado. A adoção de tal raciocínio implicaria que todos os domínios da vida econômica, social e política se sujeitariam a potencial regulação.

As condutas a serem criminalizadas seriam, sob essa óptica, aquelas para as quais, quando se submete a uma análise semelhante à de Becker – isto é, uma análise de custo-benefício social –, a imposição de uma forma de punição criminal (mais do que uma simples compensação civil) é mais eficaz para minimizar os custos sociais ou maximizar o bem-estar social.

Nesse contexto, Harcourt (2011, p. 127) narra que proposta semelhante pode ser extraída da obra de Bentham: uma definição de crime derivada da concepção de bem-estar proposta pelo jurista inglês submeteria todo comportamento humano a um cálculo de bem-estar, a fim de determinar quais condutas podem ser reguladas por intermédio de punições e para que, assim, se alcance certo nível daquelas condutas em que os custos sociais que lhe são associados minimizem os custos sociais totais. Sob essa perspectiva, o crime seria definido como qualquer conduta que deve ser submetida a uma sanção criminal, e o Direito Penal aplicar-se-ia para todos os comportamentos que pudessem ser eficientemente regulados em termos de sanção penal – seja ela multa, infâmia, aprisionamento ou alguma outra espécie. De acordo com essa aceção, não há ordem natural; todos os comportamentos são potencialmente sujeitos a regulação, de modo que não importa se são transações de mercado ou fugas do mercado.

Já quanto a Becker, Harcourt (2011, p. 128) observa que o economista norte-americano quase alcançou essa posição genuinamente de bem-estar. Ainda segundo Harcourt sustenta, Becker errou o alvo, todavia, por conta de um simples equívoco: em vez de definir os crimes por intermédio de um cálculo de bem-estar, tomou como dada a definição legal de crime. É precisamente esse movimento de Becker – tomar a definição de crime como dada – que permitiu a Posner inserir uma inclinação ao livre mercado na Teoria Econômica do Crime; permitiu-lhe, ademais, definir o crime como uma fuga do mercado e inserir o viés de Coase contra a intervenção no domínio econômico; por fim, permitiu-lhe inserir Bentham e Becker em um projeto que naturaliza a eficiência mercadológica e leva as punições para fora do mercado.

Vale conjecturar que talvez a perda da chance, da parte de Becker, de estender a grade de análise da Teoria Econômica do Crime deva-se ao fato de que o economista chicaguista dedicou somente um de seus escritos ao estudo dos crimes e das punições de uma forma mais geral. Com efeito, no artigo “*The Market of illegal goods: the case of drugs*” (2006), o autor

tratou apenas das drogas, embora a análise aí empreendida seja extensível a todos os produtos ilegais, ao passo que no escrito “*More on capital punishment*”, o autor debruçou-se apenas sobre um aspecto particular do sistema penal, isto é, a pena de morte. De qualquer forma, Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 13-14) afirma que Becker limitou severamente o potencial de sua própria teoria, uma vez que, sob a óptica do economista norte-americano, o Código Penal acaba por cingir as condutas que serão objeto de uma análise de bem-estar social pelos olhos da Teoria Econômica do Crime.

Diante dessas críticas e sugestões que foram direcionadas à sua Teoria Econômica do Crime, Becker (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 17) é categórico em afirmar que aceita a concepção normativa de crime proposta:

Eu tenho uma definição de acordo com a qual o Direito Penal aplica-se a condutas que não podem ser dissuadidas com uma multa, em oposição a um ilícito civil. Se você consegue usar uma multa, trata-se de direito obrigacional. Se não consegue, então torna-se um crime. Então, sim, eu acho que essa distinção deriva da análise.

É a prova definitiva, pois, de que a concepção normativa de crime encontra espaço na Teoria Econômica do Crime de Becker.

Há, portanto, dois conceitos de crimes na obra de Becker, os quais, embora distintos, não se chocam – pelo contrário, se complementam. O conceito normativo diz respeito às condutas que devem ser criminalizadas, sob a perspectiva do cálculo de custo-benefício social; já o conceito positivo refere-se às condutas já criminalizadas, e o faz sob a óptica do indivíduo racional e da sua habilidade de sopesar custos e benefícios a fim de tomar suas decisões. Nesse contexto, a criminalização de uma conduta consiste em informação relevante, uma vez que o indivíduo que perpetrar tal comportamento tem ciência de que se submeterá à possibilidade de sofrer determinada sanção penal em razão dessa decisão.

Esse movimento teórico proposto por Harcourt e aceito por Becker, além de sinalizar a permeabilidade da análise econômica do Direito Penal ao conceito normativo, é simbólico em relação a outros fenômenos.

Com efeito, se, como diz Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 20), a mesma análise econômica aplica-se a todos os comportamentos, é perfeitamente possível dizer, como observa Dilts

(2009, p. 87), que o princípio central da abordagem econômica do Direito é a extensão da lógica de mercado a todas as esferas da vida. Essa constatação quanto à extensão da abordagem econômica tem origem em Foucault; como o pensador francês observa (2008, p. 367),

Há quem diga, como Becker – os mais radicais, digamos, dos neoliberais americanos –, que ainda não basta, que afinal de contas o objeto da análise econômica pode se estender até mesmo para além das condutas racionais definidas e entendidas como acabo de dizer e que as leis econômicas e a análise econômica podem se aplicar perfeitamente a condutas não-rationais.

A extensão dessa grade de análise econômica a todas as condutas humanas que se constata ser subjacente à Teoria Econômica do Crime de Becker já fora vislumbrada por Foucault, ainda na década de 70 do Século passado, em relação à já mencionada Teoria do Capital Humano.

Segundo o pensador francês (2008, p. 302), a Teoria do Capital Humano representa dois processos: a “incurção da análise econômica num campo até então inexplorado” e a “possibilidade de reinterpretar em termos econômicos e em termos estritamente econômicos todo um campo que, até então, podia ser considerado, e era de fato considerado, não-econômico”. Com efeito, a concepção aqui proposta submete, como diz Foucault, “todo um campo que, até então, podia ser considerado, e era de fato considerado, não-econômico” à apreciação econômica, com o objeto de aferir as possíveis condutas criminalizáveis.

É interessante observar, ademais, que a visão segundo a qual é crime aquela conduta cuja punição pela via penal é socialmente eficiente coaduna-se com a visão de que a economia política constitui uma crítica à governamentalidade (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 12); há, portanto, um permanente tribunal econômico a julgar, criticamente, a criminalização de condutas, sempre à luz da eficiência econômica. Como assevera Foucault (2008, p. 339), tem-se “uma espécie de tribunal econômico que pretende aferir a ação do governo em termos estritamente de economia e de mercado”¹¹⁸.

¹¹⁸ Diante desse fenômeno identificado por Foucault (2008, p. 334-338) como generalização da forma econômica, o pensador francês afirma que disso decorrem duas consequências principais: “essa generalização de certo modo absoluta, essa generalização ilimitada da forma do mercado acarreta certo número de consequências ou comporta certo número de aspectos: primeiro, a generalização da forma econômica do mercado no neoliberalismo norte-americano, além das

Essa análise dialética da obra de Becker elaborada entre Harcourt e o próprio Becker quanto ao conceito normativo de crime na Teoria Econômica do Crime, sobretudo a partir da crítica formulada por Foucault, é resumida por Conti (2016, p. 14) nos seguintes termos:

Ele [Harcourt] diz que Becker não precisaria ter se limitado na teoria a definir crime como “aquilo que é contra as leis tal como estão dadas na sociedade”. Seu arcabouço teórico permitiria propor uma redefinição da ideia de crime. Seriam crime “atividades que, se punidas, aumentariam o benefício social”. Na visão de Harcourt, todo o arcabouço teórico permitiria essa definição, seria possível usar a teoria de Becker para questionar a definição de crime, e não apenas toma-la como dada. A essa crítica, Becker responde que estudos desse tipo foram feitos ao longo da sua carreira e por outros pesquisadores, e que o debate ter se centrado apenas no seu artigo original limita ver isso. O objetivo dele era limitado no artigo, mas ele concorda que certamente a teoria pode ser utilizada para se pensar qualquer tipo de legislação que queira regular um comportamento.

próprias trocas monetárias, funciona como princípio de inteligibilidade, princípio de decifração das relações sociais e dos comportamentos individuais. O que significa que a análise em termos de economia de mercado, em outras palavras, em termos de oferta e procura, vai servir de esquema que se pode aplicar a campos não-econômicos. E graças a esse esquema de análise, a essa grade de inteligibilidade, vai ser possível revelar, em processos não-econômicos, em relações não-econômicas, em comportamentos não-econômicos, um certo número de relações inteligíveis que não teriam sido reveladas assim – uma espécie de análise economista do não-econômico [...]. A segunda utilização interessantes dessas análises dos neoliberais é que a grade econômica vai permitir, deve permitir testar a ação governamental, aferir sua validade, deve permitir objetar à atividade do poder público seus abusos, seus excessos, suas inutilidades, seus gastos pletóricos [...]. Trata-se de ancorar e justificar uma crítica política permanente da ação política e da ação governamental. Trata-se de filtrar toda a ação do poder público em termos de jogo de oferta e procura, em termos de eficácia quanto aos dados desse jogo. Trata-se, em suma, de constituir, em relação à governamentalidade efetivamente exercida, uma crítica que não seja uma crítica simplesmente política, que não seja uma crítica simplesmente jurídica. É uma crítica mercantil”.

Assim, se o movimento reformador impulsionado por Beccaria e Bentham nos Séculos XVIII e XIX propunha a restrição das sanções penais às situações em que elas efetivamente provassem dissuasão, é possível dizer que, sob o paradigma proposto por Becker, a utilização das penas é restrita às situações em que promova a eficiência ou, em outras palavras, maximize o bem-estar social.

3.2.3.2. O PARALELO ENTRE O CONCEITO NORMATIVO DE CRIME NAS OBRAS DE BECCARIA E DE BENTHAM

Análise interessante a ser tecida diz respeito ao paralelo entre as obras dos reformadores modernos – Beccaria e Bentham – e de Becker, especificamente no que toca ao conceito normativo de crime.

Logo de início, vale mencionar que raciocínio semelhante àquele que sustenta o conceito normativo de crime já se encontrava presente na obra de Bentham. Dias (2006, p. 6) expõe essa ponderação de custos e benefícios que se achava já na obra do pensador inglês:

Estabelecer as fronteiras entre a ética e a legislação, a partir do princípio de utilidade, significa, em última instância, fazer uma análise do balanço envolvendo prazer e dor. Em linguagem atual, pode-se dizer que este exame será aquele em termos de custo e benefício, pois, em muitos casos, a elaboração de legislação e aplicação de punição a determinadas transgressões tendem a gerar custos sociais mais elevados do que o benefício auferido.

Assim, é evidente que a ponderação quanto aos custos e benefícios não somente orienta a política criminal proposta por Becker, como também norteava aquela ao tempo de Bentham. Para tanto, o pensador inglês erigiu um sistema penal em que a necessidade de punir uma ação vinculava-se, segundo Dias (2006, p. 45), à perturbação à felicidade da comunidade e à medida em que essa ação fosse perniciosa. Dessa forma, a punição seria mensurada proporcionalmente aos custos impostos pelos crimes. A proporcionalidade entre crimes e punições – sempre voltada a dissuadir crimes futuros – ocupa, portanto, lugar central na teoria criminal de Bentham.

Além disso, Dias (2006, p. 70 e 174) registra que há casos em que a punição não deveria ser aplicada, haja vista que o custo da punição excederia aquele imposto pelo delito; assim, não deve haver punição nas situações em que não haja um ato prejudicial e naquelas em que a sanção é ineficaz, muito custosa ou desnecessária (isto é, quando se pode evitar

o prejuízo por meios menos custosos). Essas diretrizes foram propostas por Bentham com o fim de garantir a maximização da felicidade e, portanto, a minimização do mal. As próprias leis, todavia, constituem um mal, o qual somente é aceito se impede ou exclui mal ainda maior¹¹⁹.

Se é evidente a aproximação entre o conceito normativo de crime que se pode extrair da obra de Becker e da obra de Bentham, aquela acepção também se aproxima do ideário de Beccaria.

É curioso observar que um dos aspectos que melhor evidencia essa aproximação entre Becker e Beccaria diz respeito ao raciocínio elaborado pelo penalista italiano acerca do contrabando.

Nesse sentido, Harcourt (2011, p. 63) relata que há um texto de Beccaria, originalmente denominado “*Tentativo analítico sui contrabbandi*” (traduzido pelo autor norte-americano como “*A sketch of a formal model on the question of contraband*”, algo que se poderia traduzir como “Esboço de um modelo formal sobre a questão do contrabando”), que jamais foi traduzido para o inglês (foi traduzido, em 2001, para o francês). Harcourt afiança que o artigo revela muito sobre a agenda econômica de Beccaria e de sua visão sobre a esfera penal. O esforço de Beccaria, nesse escrito mencionado, era o de descobrir a quantidade de contrabando que um mercador deveria executar para que mantivesse a mesma quantia de capital que tinha originalmente em suas mercadorias, dadas as tarifas impostas pelas autoridades soberanas e dado que provavelmente perderia parte de seu contrabando. Ao mesmo tempo, Beccaria tentou descobrir, sob a perspectiva do soberano, como fixar as tarifas no nível mais vantajoso para maximizar o retorno ao Tesouro. O objetivo de Beccaria consistia, portanto, auxiliar as autoridades a configurar as tarifas em um nível ótimo, a fim de elevar os lucros do príncipe e a balança comercial. Dessa forma, a vantagem da pesquisa consistia em saber quanto contrabando esperar dos mercadores após um certo número de apreensões.

¹¹⁹ Dias (2006, p. 175-176) especifica as razões pelas quais a punição deve ser afastada, em alguns casos: “a) quando a aplicação da pena é infundada (*groundless*): a1) não há mal a ser evitado e a2) o ato não causa mal ao todo. b) quando a punição é ineficaz (*inefficacious*), em outras palavras, quando nenhuma punição pode evitar o mal a ser causado. c) quando a aplicação da pena não é proveitosa (*unprofitable*), ou muito custosa, ou seja, quando mal causado pela punição seria maior do que o mal que se poderia prevenir, em termos financeiros. d) quando a punição é desnecessária (*needless*): nos casos em que o mal pode ser impedido ou cessar por si só, sem a punição, o que é o mesmo que dizer cessar a uma taxa mais barata”.

Como Harcourt (2011, p. 63) narra, Beccaria identificou que qualquer pessoa ingressa em atividades criminais – especialmente os mercadores – continuará a desempenhar tais atividades a despeito do *enforcement* do Código Penal pelo soberano. Com efeito, segundo o autor italiano, os mercadores ajustam seu nível de atividade criminal – isto é, a quantidade de contrabando – com o objetivo de maximizar seus lucros. Beccaria formalizou, em seu estudo, a relação entre desvio, *enforcement* e tarifas, mas reconheceu que, de qualquer forma, os mercadores ainda estarão envolvidos em práticas ilegais, até porque, aos olhos do pensador lombardo, o mercador é visto como um incorrigível criminoso de colarinho branco – não apenas um ator racional autointeressado.

Ao fim, verifica-se que a ideia de Beccaria consistia em promover o aumento da riqueza do soberano, até porque as políticas públicas arquitetadas pelo autor visavam o enriquecimento do Estado.

É interessante observar que Beccaria também discorreu acerca do contrabando em seu célebre tratado “Dos delitos e das penas”.

Nessa obra, Beccaria (2000, p. 81) afirma que “o contrabando é crime gerado pelas próprias leis, porque, quanto mais se aumentam os direitos, maior é a vantagem do contrabando”. Mais adiante, o penalista defende que

O confisco das mercadorias que são proibidas, e até de tudo quanto se encontre apreendido como objeto de contrabando, é uma pena muito justa. Para fazê-lo mais eficiente, seria necessário que os direitos fossem um pouco consideráveis; pois os homens só se arriscam na proporção do lucro que o êxito possa lhe trazer.

Evidentemente, o que importa, para efeitos do presente trabalho, não são as lições quanto ao contrabando: o mais relevante é o método de análise empregado por Beccaria, em que o autor a um só tempo inclui pressupostos atinentes à racionalidade dos agentes, à eficiência econômica e à maximização da riqueza. Quanto a este último elemento, vale esclarecer que se difere sensivelmente daquele perseguido pela AED: a maximização da riqueza, para Beccaria, dizia respeito ao Tesouro do soberano, ao passo que, sob a abordagem econômica, refere-se ao bem-estar social. Além disso, o raciocínio subjacente ao conceito normativo de crime que se extrai de Becker é o mesmo que norteia a exposição de Beccaria quanto ao contrabando: a criminalização e a sanção das condutas só deve ocorrer se isso implicar custo-benefício positivo.

De qualquer forma, o que de mais relevante se extrai é essa possibilidade de aproximação entre o conceito normativo de crime que se pode extrair da obra de Becker e boa parte do raciocínio exposto por Beccaria e Bentham em suas obras.

Além disso, da análise quanto à aproximação da obra de Becker e do pensamento de Beccaria e Bentham é possível inferir, como observa Harcourt (BECKER; EWALD; HARCOURT, 2013, p. 6-7), que são os custos decorrentes da imposição de uma pena que limitam o que – e o quanto – se pode fazer em termos de punição.

Essa, a propósito, é uma questão relevante que decorre da concepção normativa de crime aqui indicada: o quanto essa busca por eficiência econômica limita ou estende a aplicação das punições e do próprio sistema penal.

É a própria eficiência, pois, que norteia o conceito normativo de delito, o qual, não à toa, poderia ser chamado de conceito eficiente de delito. Com efeito, enquanto o conceito positivo de crime é concebido com vistas mais à racionalidade dos agentes que a qualquer outro dos pressupostos da Teoria Econômica do Crime, o conceito normativo leva em conta, sobretudo, a eficiência, a qual se articula nesse *trade-off* entre criminalizar e não criminalizar, punir e não punir, em um dilema que deve ser decidido, sempre, à luz dos custos aí envolvidos – os custos da sanção e os custos do delito. O objeto último da AED, afinal de contas, consiste em maximizar o bem-estar social ou, em outras palavras, promover a eficiência econômica.

E é exatamente a partir de pressupostos teóricos tais como a eficiência econômica que se erige a Teoria Econômica do Crime que se extrai da obra de Becker. Trata-se de uma teoria significativamente fulcrada sobre a maximização do bem-estar social e a racionalidade dos agentes. No âmbito do conceito normativo de crime que se extrai implicitamente da obra de Becker, isso implica em uma acepção que leve em consideração os custos e os benefícios envolvidos na criminalização de uma conduta. Assim, só poderá ser criminalizada aquela conduta cuja sanção pela via penal constitua uma política pública eficiente, isto é, que gere mais benefícios que custos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho versou acerca da Teoria Econômica do Crime de Becker e, em meio a essa proposição teórica, buscou responder se é possível extrair da obra daquele economista norte-americano um conceito normativo de crime. A hipótese inicialmente lançada dava conta de que é, sim, possível identificar tal acepção na obra de Becker. Buscou-se, então, verificar ou falsear essa resposta inicialmente conjecturada.

O percurso seguido pela investigação teórica aqui proposta foi permeado por diversas assertivas, as quais convergiram para a conclusão final que se buscava. Nesse *iter*, o trabalho partiu de premissas bastante abrangentes acerca da AED e passou a aprofundá-las. Assim se procedeu mediante um corte epistemológico que restringiu a investigação à Teoria Econômica do Crime e, após, aprofundou a exploração de tal proposição teórica, gestada sobretudo pelo próprio Becker.

Assim, de início, delineou-se o dever histórico da AED como movimento teórico, o que se fez não por capricho ou praxe acadêmica, mas a fim de verificar o trajeto que os elementos econômicos percorreram na História do Direito Penal. Essa exposição histórica teve início no cenário jurídico norte-americano do Século XIX e da primeira metade do Século XX, a partir de quando os paradigmas jurídicos então dominantes passaram a ser superados. Surge, assim, a partir das obras de Coase, Calabresi, Becker e Posner, a AED, cujos primeiros passos foram dados ainda na década de 60 do Século passado. A partir de então, esse movimento teórico – representado por várias Escolas, dentre as quais a de Chicago é a mais significativa (e é aquela à qual o presente trabalho se filia) – consolidou-se e desenvolveu-se rapidamente, inicialmente em países de *Common Law*, mas, posteriormente, também na tradição do Direito legislado. O panorama atual indica, portanto, um movimento amplamente difundido mas ainda em ritmo de expansão, sobretudo em direção aos países de *Civil Law*, em que ainda há significativo potencial latente. Na sequência, expuseram-se os principais pressupostos teóricos que fundamentam a AED, nomeadamente a eficiência econômica, que consiste em vetor de análise econômica dos fenômenos jurídicos; a Microeconomia, que é a teoria econômica subjacente à AED; e a racionalidade dos agentes, que é assunção elementar especialmente relevante para a Teoria Econômica do Crime. Elucidou-se, ademais, a divisão da AED em duas abordagens complementares – a normativa (o Direito que deve ser) e a positiva (o Direito que é) –, em uma distinção fundamental para os fins da investigação aqui proposta. Deste último aspecto destacado extraem-se conclusões relevantes quanto à distinção

entre as abordagens normativa e positiva, a qual se refletirá, mais adiante, nos conceitos normativo e positivo de crime.

No Segundo Capítulo, verificou-se que as raízes da Teoria Econômica do Crime – e, de modo mais abrangente, da própria AED – remetem aos Séculos XVIII e XIX. Com efeito, é nas obras de Beccaria e Bentham que surgem as primeiras abordagens econômicas das questões atinentes aos crimes e às punições; cada qual à sua maneira, é bem verdade, mas ambas informadas por uma lógica econômica subjacente. Nesse ponto do trabalho, o que de mais relevante se extrai é que os principais elementos econômicos então verificados dizem respeito à proporcionalidade entre os crimes e as penas e à racionalidade dos agentes, pressupostos que ressoarão séculos mais tarde – e com maior sofisticação – na obra de Becker. Mais adiante, passou-se à abordagem da Teoria Econômica do Crime. À moda do que se verificou no Capítulo anterior, esta seção do trabalho teve início com uma breve digressão histórica acerca do surgimento da teoria em estudo, com ênfase no vanguardismo da obra de Becker, isto é, do pioneirismo deste economista na proposição do modelo às questões atinentes aos crimes e às punições. Se o trabalho já indicara a existência de diversas convergências entre Becker e os reformadores modernos – Beccaria e Bentham –, passou a apontar, a essa altura, a existência de divergências. Evidenciados esses desencontros, passou-se a confrontar a Teoria Econômica do Crime com as críticas formuladas por Foucault e seus discípulos intelectuais, as quais constituem uma lente de análise bastante singular e que permite antever algumas lacunas na obra de Becker – atinentes, sobretudo, à inexistência de conceito normativo de crime – bem como apreciá-la sob óptica diversa, isto é, uma perspectiva externa e (sensivelmente) crítica. Superada essa etapa inicial do Capítulo, o pressuposto quanto à racionalidade dos agentes passou a ser alvo da exposição. Discorreu-se, assim, acerca da teoria das escolhas racionais, da superação paradigmática representada por esta teoria – que abandonou o pensamento dominante no Século XX acerca dos criminosos, marcado por estigmas biológicos e antropológicos – e do caráter modelar assumido pela Teoria Econômica do Crime. Na sequência, apresentaram-se as variáveis em torno das quais orbita o cálculo de custo-benefício que circunda os crimes e as punições: a probabilidade de apreensão e condenação, a sanção e o benefício oriundo do crime. Nessa oportunidade, salientou-se que a punição é probabilística – deve-se falar, portanto, em punição esperada –, como também o é o lucro do delito. É sobre a contraposição dessas duas grandezas, portanto, que se erige a Teoria Econômica do Crime. Por fim, salientou-se o lugar de destaque assumido pela eficiência em meio à abordagem econômica

dos delitos e das penas. De certa forma, o objetivo deste Segundo Capítulo consistiu em preparar o terreno para que, no Capítulo seguinte, fosse realizada a investigação que constitui o cerne do presente trabalho.

É esse, pois, o intento do Terceiro Capítulo: investigar a possibilidade de extrair da obra de Becker um conceito normativo de crime. Tal investigação teve início com a exposição acerca dos conceitos de crime que podem ser localizados nas abordagens de Becker e de Posner: o conceito positivo de crime na obra daquele economista – segundo o qual é criminoso aquela conduta à qual a lei comina sanção penal – e a acepção de Posner intimamente vinculada à eficiência dos mercados, sejam eles explícitos ou implícitos. Mais adiante, retomou-se a análise crítica empreendida por Foucault e por aqueles intelectuais que se filiam ao pensador francês, de modo a evidenciar a lacuna na obra de Becker quanto a um conceito normativo de delito. Dessa análise se extraiu, ademais, o possível conceito normativo de crime que se poderia identificar na Teoria Econômica de Crime: Harcourt, por exemplo, sugeriu que seriam criminosas todas aquelas condutas cuja sanção pela via penal promovesse a eficiência econômica, isto é, a maximização do bem-estar social. Trata-se de uma acepção ancorada sobretudo na expansão da análise econômica a virtualmente todas as condutas. A fim de verificar a compatibilidade dessa hipótese com o restante do pensamento de Becker acerca dos crimes e das penas, analisaram-se outros dois escritos em que o economista norte-americano discorreu acerca dos crimes e das penas: um deles acerca da legalização das drogas, o outro atinente à pena de morte. No primeiro desses escritos, constatou-se a elaboração de um raciocínio tipicamente afeto à maximização do bem-estar social: assim, a resposta quanto à legalização, ou não, das drogas, passa pela avaliação dos custos sociais aí envolvidos, sejam eles relativos aos custos dos crimes, sejam eles concernentes aos custos do *enforcement*. Já no estudo quanto à pena capital, averiguou-se um deslize teórico de Becker, que abandonou quase que completamente a sua abordagem econômica em favor de um raciocínio moral; ainda assim, identificaram-se traços do raciocínio que permeia toda a obra daquele economista de Chicago. Verificou-se, então, que é, sim, possível extrair um conceito normativo de crime da obra de Becker e, mais, que tal acepção não somente é coerente com a obra de tal economista, como também com aquelas dos *founding fathers* da Teoria Econômica do Crime – Beccaria e Bentham.

Diante disso, julga-se verificada a hipótese inicialmente lançada, uma vez que efetivamente se verificou a possibilidade de extrair um

conceito normativo de crime – isto é, que prescreva (e não meramente descreva) o que é o crime – da obra de Becker.

Com efeito, identificou-se a presença de uma Teoria Econômica do Crime claramente enunciada na obra de Becker. Todavia, como essa teoria foi traçada basicamente em apenas um escrito – o celebre “*Crime and punishment: an economic approach*”, também se identificou um lacuna significativamente, atinente à ausência de conceituação do crime; não há, portanto, um conceito normativo de crime, que indique o que deve ser (e não simplesmente o que é) o crime. Essa premissa contrasta com a presença de um conceito positivo de crime bastante claro na obra de Becker: é delituosa aquela conduta à qual a lei comina sanção penal. Todavia, exatamente a partir de tal conceito positivo e da posição central assumida pela eficiência econômica na Teoria Econômica do Crime, bem como de outros escritos de Becker e da análise empreendida por Foucault e seus epígonos, pôde-se identificar um conceito normativo de crime implícito na obra do economista norte-americano: é crime aquela conduta cuja sanção pela via penal maximiza a eficiência econômica.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29. p. 49-68. jul./dez. 2006.
- AMARAL, Thiago Bottino do; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Análise Econômica do Crime. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 296-317.
- BALBINOTTO, Giacomo; BATTESINI, Eugênio. **A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada**: Conexões com o Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil. Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE) 14th annual law-and-economics meeting on May 26-27, 2010, San Salvador. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em 31. jan. 2018.
- BARRETO, Fábio. **Princípio da Legalidade (no Direito Penal)**. *In*: GALDINO, Flávio; TAKAOKA, Eduardo Takemi; TORRES, Ricardo Lobo. Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BECKER, Gary. A theory of marriage: part I. **Journal of Political Economy**. Chicago Journals. v. 81, n. 4. jul./ago. 1973. p. 813-846.
- _____. An economic analysis of fertility. *In*: **National Bureau of Economic Research, Demographic and economic change in developed countries, a conference of the universities**. Nova York: Columbia University Press, 1960.
- _____. Crime and punishment: an economic approach. *In*: BECKER, Gary; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. National Bureau of Economic Research. 1974. p. 1-54. Disponível em <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:nbr:nberch:3625>>. Acesso em 31. jan. 2018.
- _____. **More on the economics of capital punishment**. Becker-Posner Blog. 18. dez. 2005. Disponível em: <http://www.becker-posner-blog.com/2005/12/more-on-the-economics-of-capital-punishment-becker.html>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____. The economic way of looking at life. *In*: TORSTEN, Persson (ed.). **Nobel Lectures, Economics 1991-1995**. Singapura: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

_____. **The morality of capital punishment**. Project Syndicate. 28. abr. 2006. Disponível em: <<https://www.project-syndicate.org/commentary/the-morality-of-capital-punishment?barrier=accessreg>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____; EWALD, François; HARCOURT, Bernard. **Becker and Foucault on Crime and Punishment: A Conversation with Gary Becker, François Ewald, and Bernard Harcourt: The Second Session**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper n. 440, 2013. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/410/>. Acesso em: 31. jan. 2018.

_____; _____. **Becker on Ewald on Foucault on Becker: American Neoliberalism and Michel Foucault's 1979 "Birth of Biopolitics" Lectures**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper n. 401, 2012. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/39/>. Acesso em 30. nov. 2016.

_____; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. National Bureau of Economic Research. 1974. p. 1-54. Disponível em <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:nbr:nberch:3625>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____; LANDES, Elizabeth; MICHAEL, Robert T. An economic analysis of marital instability. **Journal of Political Economy**. Chicago Journals. v. 85, n. 6. dez. 1977. p. 1.147-1.187.

_____; MURPHY, Kevin M. A theory of rational addiction. **Journal of Political Economy**, 1988, v. 96, n. 4. p. 675-700.

_____; _____. GROSSMAN, Michael. The Market for Illegal Goods: The Case of Drugs. **Journal Of Political Economy**, v. 114, n. 1, p. 38-60, fev. 2006. University of Chicago Press. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1086/498918>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____ ; POSNER, Richard. Becker-Posner Blog. Disponível em: <www.becker-posner-blog.com/>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____. **Uncommon Sense: Economic Insights, from marriage to terrorism.** Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2009.

_____ ; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-18, jan. 1974.

BENTHAM, Jeremy. **Jeremy Bentham's Economic Writings.** In: The Philosophy of Economic Science. v. 1. Leicester: Blackfriars Press, 1952.

_____. **Teoria das penas legais.** São Paulo: Cultura, 1943.

_____. Uma introdução aos princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, C. (org.). **Os grandes filósofos do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. Eficiencia y Derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 04, p. 267-287, 1987. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <<http://dx.doi.org/10.14198/doxa1987.4.17>>. Acesso em 31. jan. 2018.

BORILLI, Salete Polonia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Breves Notas sobre a Criminalidade: custo, papel das organizações e a questão feminina. **Desafio: Revista de Economia e Administração**, v. 10, n. 20, p. 97-113, 2009.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 21. fev. 2018.

CABANELLAS, Guillermo. **El análisis económico del derecho.** Evolución histórica. Metas e instrumentos. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del derecho.** Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CARTER, Lief H. **Derecho constitucional contemporáneo: la Suprema Corte y el arte de la política.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 181.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Breve notícia sobre a análise econômica do direito. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, v. 7, n. 29, p. 31-35, jul./set. 1982.

CERIOTTI, Ana Carolina. **A exceção econômica do Direito**: crítica do discurso da Law and Economics a partir de Giorgio Agamben. 2013. 99 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/104311>>. Acesso em 31. jan. 2018.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, n. 3, p. 1-23, 1960.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A análise econômica do direito enquanto ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do Pensamento Econômico. Latin American and Caribbean Law and Economics Annual Papers. Paper 05010. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>>. Acesso em 31. jan. 2018.

CONTI, Thomas V. **Capital humano, crime e punição**: Becker, Foucault e os seminários de Chicago de 2012 e 2013. 2015. Disponível em: <<http://thomasconti.blog.br/wp-content/uploads/2015/11/Conti-T.-V.-2015-O-Debate-Becker-Foucault.pdf>>. Acesso em 31. jan. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Boston: Addison-Wesley, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico**. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-130.

_____. Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1983.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. **Uma reconstrução racional da concepção utilitarista de Bentham**: os limites entre a ética e a legislação. 2006. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. 2012. 300 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20>>

[%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>](#).

Acesso em 31. jan. 2018.

DILLS, Angela K.; MIRON, Jeffrey A.; SUMMERS, Garrett. **What do economists know about crime?** *In*: DI TELLA, Rafael; EDWARDS, Sebastian; SCHARGRODSKY, Ernesto (eds.). *The economics of crime: lessons for & from Latin America*. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 2010.

DILTS, Andrew. **Michel Foucault meets Gary Becker**: criminality beyond discipline and punish. *In*: HARCOURT, Bernard (Org.). *Discipline, security and beyond: rethinking Michel Foucault's 1978 & 1979 Collège de France lectures*. *Carceral Notebooks* 4. p. 77-100. 2009. Disponível em: <<http://www.thecarceral.org/Foucault-becker-ParisVersion.pdf>>. Acesso em 31. jan. 2018.

DONOHUE, John; WOLFERS, Justin. Death penalty: no evidence for deterrence. **The Economists' Voice**, v. 3, n. 5, 13. jan. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2202/1553-3832.1170>>. Acesso em 31. jan. 2018.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

DUBNER; Stephen J.; LEVITT, Steven. **Freaknomics**: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EHRlich, Isaac. The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death. **The American Economic Review**, v. 65, n. 3. jun. 1975, p. 397-417.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de

tutela. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 417-458, jan.-fev. 2012.

_____. Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 52, p. 187-214, jan./mar. 2014.

FISCHMANN, Filipe. **Direito e Economia**: um estudo propedêutico de suas fronteiras. São Paulo, 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2008.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GALESKI JR., Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GAROUPA, Nuno. The Theory of Optimal Law Enforcement. **Journal of Economic Surveys**, v. 11, n. 3, p.267-295, set. 1997. Wiley-Blackwell. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1111/1467-6419.00034>>. Acesso em 31. jan. 2018.

GEEST, Gerrit de. The debate on the scientific status of law & economics. **European Economic Review**, v. 40, n. 3-5, p. 999-1006, abr. 1996. Elsevier BV. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1016/0014-2921\(95\)00108-5](http://dx.doi.org/10.1016/0014-2921(95)00108-5)>. Acesso em 31. jan. 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 171, n. 43, p. 91-105, jul./set. 2006.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e a sua aplicabilidade na ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis – UFSC, 1997. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>>. Acesso em 10. jan. 2018.

_____; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica (FIC)**, v. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>.

Acesso em 31. jan. 2018.

_____; _____. **O Direito Econômico:** Extraordinário Instrumento de Desenvolvimento. *In:* XVIII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2009, Maringá, PR. XVIII Encontro Preparatório do Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009. v. 5. p. 2727-2761. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1223.pdf>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____; _____. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência.** UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____; _____; SOUZA, Gibran Lima. **Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES):** possibilidade epistêmica para o Direito segundo a Ciência Econômica. *In:* Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito. Florianópolis: José Boiteux, 2014. v. 1. p. 835-852. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Conhecer-Direito-III-Anais-do-I-Encontro-Brasileiro-de-Pesquisa-e-Epistemologia-Juridica.pdf>>. Acesso em 31. jan. 2018.

HARCOURT, Bernard. **Against Prediction:** profiling, policing and punishing in an Actuarial Age. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

_____. **Beccaria's "On crimes and punishment": a mirror on the History.** p. 39-59. *In:* DUBBER, Markus (Ed.). Foundational texts in modern Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. **Embracing Chance:** Post-Modern Meditations on Punishment. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-41, 2006. Elsevier BV. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94877>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____. **The illusion of free markets:** punishment and the myth of natural order. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2011.

HAREL, Alon. **Criminal Law as an efficiency-enhancing device: the contribution of Gary Becker.** p. 297-316. *In: DUBBER, Markus (Ed.). Foundational texts in modern Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory.** Oxford: Oxford University Press, 1982.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Philosophy of Right.** Trad. S. W. Wide. Kitchener: Batoche Books, 2001.

HEINEN, Luana Renostro. Reflexões Pós-Assombro: Efeitos da Crise Financeira Sobre Richard Posner e os Limites de sua Posição Keynesiana. **Economic Analysis Of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 360-376, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%20360>>. Acesso em 31. jan. 2018.

_____. **Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière.** 2012. 188 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96422>>. Acesso em 31. jan. 2018.

HICKS, John Richard. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939. JSTOR. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2307/2225023>>. Acesso em 31. jan. 2018.

HOCHSTETLER, Andy; SHOVER, Neal. **Choosing white-collar crime.** New York: Cambridge University Press, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais.** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility.** *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. JSTOR. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2307/2224835>>. Acesso em 31. jan. 2018.

KORNHAUSER, Lewis A. A análise económica do direito. **Sub Judice: Justiça e sociedade**, Coimbra, n. 2, p. 43-50, jan./abr. 1992.

JOHNES, Geraint. Letter: Has Becker Put Economics in the Electric Chair? **The Economists' Voice**, v. 3, n. 4, 23 jan. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2202/1553-3832.1179>>. Acesso em 31. jan. 2018.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise econômica do direito: uma dimensão da crematística no direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7026>>. Acesso em 31. jan. 2018.

LEVINSON, Marc. Review: uncommon sense: economic insights, from marriage to terrorism. **Choice Reviews Online**, v. 47, n. 07, p. 1-4, 1. mar. 2010. American Library Association. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5860/choice.47-3914>>. Acesso em 31. jan. 2018.

MACHADO FILHO, Sebastião. **O pragmatismo jurídico crítico de Richard A. Posner e sua análise econômica do direito**. Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, n. 9, p. 79-94, 2002.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Encyclopedia of Law and Economics. The History and Methodology of Law and Economics. v. 1. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117.

MARTIN, Elizabeth (Ed.). **Oxford Dictionary of Law**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MARTINS, Manuel Victor. Ronald Coase: na fronteira da economia e do direito. **Sub Judice: Justiça e sociedade**, Coimbra, n. 2, p.29-30, jan./abr. 1992.

MEDEMA, Steven G. Sidgwick's Utilitarian Analysis of Law: A Bridge from Bentham to Becker? **American Law And Economics Review**, v. 9, n. 1, p. 30-47, 23 abr. 2007. Oxford University Press. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/aler/ahm008>>. Acesso em 31. jan. 2018.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantias**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NOBELPRIZE.ORG. **Gary Becker – Facts**. 2014. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-facts.html>. Acesso em: 20 fev. 2018.

NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARETO, Vilfredo. **Manual of Political Economy**. A critical and variorum edition. Oxford: Oxford University Press, 2014.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno M. **Law and Economics in the Civil Law World**: The Case of Brazilian Courts. *Ssrn Electronic Journal*, p. 1-21, 2015. Elsevier BV. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580490>>. Acesso em 31. jan. 2018.

PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito**: hermenêutica e análise econômica do direito. 2009. 260 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. **Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)**. v. 11, p. 101, 2008.

PIQUERO, Alex R.; WEISBURD, David (ed.). **Handbook of quantitative Criminology**. New York: Springer, 2010.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 6, n. 85, p. 1.193-1.231, out. 1985.

_____. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. El análisis económico del derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, v. 2, n. 7. p. 7-16. 2005.

_____. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. **The Journal Of Legal Studies**, Chicago, v. 22, n. 2, p. 211-215, jun. 1993.

_____. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Usos y Abusos de la Análisis Económica.** In: ROEMER, Andrés (org.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura.* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. Some uses and abuses of economics in law. **University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 2, p. 281-306, 1979. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss2/2>>. Acesso em 20. out. 2017.

_____. **Values and consequences:** an introduction to economic analysis of law. University of Chicago John Olin Law & Economics Working Paper n. 53, 1998. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values.pdf>>. Acesso em 29. mar. 2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do Direito Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito.** Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho.** Trad. José Luis Pérez Hernández. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito e processo penal juntos?** (Des)caminhos do ensino jurídico. In: RODRIGUES; Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. (Org.). *Educação jurídica: temas contemporâneos.* 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 259-282.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia.** 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner.** In: LIMA, Maria Lúcia L. M.

Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALVO, Mauro. **O Combate à Lavagem de Dinheiro como Inibidor da Corrupção no Brasil**: custos e benefícios dos controles internos na fiscalização das pessoas politicamente expostas. Berkeley Program in Law & Economics. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2000. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/01q5s3np>>. Acesso em 6. out. 2017.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Eficiencia y derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 49, n. 1, p. 93-128, jan. 1996.

SANDRONI, Paulo. (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHAVELL, Steven. Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 85, n. 6, p. 1232-1262, out. 1985.

_____. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2004.

SILVA, Fernando Quadros da. **A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: uma abordagem à luz da análise econômica do Direito. In: BALTAZAR Jr., José Paulo; HIROSE, Tadaaqui. Curso Modular de Direito Penal. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010.

SIMON, Jonathan. Consuming Obsessions: Housing, Homicide, and Mass Incarceration since 1950. **University of Chicago Legal Forum**: v. 2010: Iss. 1, Article 7. p. 165-204. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2010/iss1/7>>. Acesso em 31. jan. 2018.

SOUSA, João Ramos de. Gary Becker: também na fronteira da economia e do direito. **Sub Judice**: Justiça e sociedade, Coimbra, n. 3, p.117-120, mai./ago. 1992.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

_____; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Trad. Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

STIGLER, J. S. The optimum enforcement of laws. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. Nova York: National Bureau of Economic Research, 1974.

TIERNEY, John. **Criminology: theory and context**. 2. ed. Essex: Pearson Education, 2006.

VECCHIO JR., Jacintho Del. **Sobre o alcance da teoria beckeriana do crime e da punição**. In: BASSO, Marco Antonio (org.). *Ciências policiais de segurança e ordem pública*. São Paulo: Stortecci, 2012.

WALKLATE, Sandra. **Understanding criminology: current theoretical debates**. 3. ed. New York: Open University Press, 2007.

WINTER, Harold. **The economics of crime: and introduction to rational crime analysis**. Nova York: Routledge, 2008.