ESCOLHA RACIONAL E SISTEMA PUNITIVO[1]

RATIONAL CHOICE AND PUNITIVE SYSTEM

MARIA AUGUSTA OLIVEIRA DE SOUZA
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Criminologia e Políticas Criminais pelo Instituto de Criminologia e Políticas Criminais. Professora de Processo Penal na Universidade Positivo e na Faculdade Educacional Araucária.

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Doutora e mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), professora associada da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e PUCPR.

Resumo: O artigo versa sobre a problemática do sistema punitivo, em especial quanto às penas privativas de liberdade, levando em consideração os custos do encarceramento e a efetividade das políticas criminais adotadas para diminuir a criminalidade no Brasil. Nesse sentido, foram analisadas pesquisas elaboradas pelo Departamento Penitenciário Nacional e informações levantadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário de 2008 sobre a população carcerária, os crimes mais praticados e os custos de cada preso para o Estado. Em seguida, adentrou-se nas ideias e conceitos da Análise Econômica do Direito como tentativa de uma proposta para direcionar as políticas públicas para mitigar os custos do sistema penal, a partir do método da Teoria da Escolha Racional.

Palavras-chave: sistema punitivo – custos do encarceramento – políticas públicas – análise econômica do direito – teoria da escolha racional.

Abstract: The article discusses the issue of punitive system, especially as the custodial sentences, considering the incarceration costs and the effectiveness of the criminal policies adopted to reduce crime in Brazil. In this sense, especially surveys were analyzed prepared by the National Penitentiary Department and information gathered by the Parliamentary Commission for the Prison System Survey of 2008 on the prison population, the most committed crimes and the cost of each prisoner to the state. Then he entered on the ideas and concepts of Economic Analysis of Law as an attempt to a

[1] Artigo realizado no âmbito do Projeto aprovado na Chamada Pública nº 24/2012: Programa Universal / Pesquisa Básica e Aplicada da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná.

proposal to direct public policies to mitigate the penal system costs by using the method of Rational Choice Theory.

Keywords: Punitive system - incarceration costs - public policies - economic analysis of law - rational choice theory.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade é um fenômeno complexo que possui causas diversas e controversas, assim como origina efeitos multifatoriais, por vezes imprevisíveis. Episódios dramáticos de violência no país não são raros e se fazem responsáveis pelo sentimento de medo generalizado nos brasileiros.

Grande parte da população brasileira não se sente segura em seus bairros. Paralelamente a este quadro de medo instaurado, a população clama por respostas e possíveis soluções. Entretanto, por ser um problema complexo, soluções parciais e provisórias parecem ser as eleitas pelo poder público, talvez por trazerem mais rapidamente o sentimento de paz social.

Nesse sentido, as escolhas públicas assumem papel relevante. Tem-se adotado no país políticas que aumentam o poder punitivo do Estado, com a consequente criação de novos tipos penais, enrijecimento das penas, operações e intervenções miliares e, consequentemente, aumento do número de presos.

Não é difícil de notar que políticas comumente adotadas pelo Estado não se prestam a aniquilar o quadro de violência no país. Decidir a melhor medida para diminuir a criminalidade não é tarefa fácil, ainda mais quando não se utiliza critérios complementares e interdisciplinares para a tomada de decisão acerca da escolha das medidas públicas.

Neste condão, a utilização dos conceitos, critérios e críticas de outras ciências do conhecimento pode auxiliar na melhoria desse quadro. Assim, a moderna interdisciplinaridade entre Direito e Economia pode ajudar na compatibilização das políticas públicas a fim de minorar ou, pelo menos, dar uma resposta ao problema da criminalidade, atacando sua raiz.

2. POLÍTICA CRIMINAL E A QUESTÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

Um importante fator socioeconômico comumente utilizado para explicar e justificar a criminalidade no país é a pobreza. Acredita-se que muitos crimes são praticados em virtude de o sujeito ter que satisfazer suas necessidades básicas. O desemprego e os baixos salários, aparentemente, levam parte das pessoas a buscar maneiras de se alimentar e viver mediante empregos informais, outra parte da população sobrevive utilizando meios ilícitos (CHESNAIS, 1997, p. 24 e 25).

Paradoxalmente, o consumismo da sociedade moderna globalizada leva a maior parte da sociedade a, desenfreadamente, sonhar e consumir sempre mais. As pessoas querem os objetos expostos pelas vitrines e, sobretudo, o símbolo que estes objetos representam.

> "A televisão valoriza objetos simbólicos e exalta o consumismo, ela leva desejar roupas, equipamentos, carros, belas mulheres, etc, que estão freqüentemente fora das possibilidades, donde uma frustração crescente, insuportável numa sociedade polarizada onde coexistem uma oligarquia riquíssima (São Paulo é a segunda cidade do mundo em jatos particulares depois de Nova York) e massas miseráveis". (CHESNAIS, 1997, p. 25).

Essa frustração crescente, mencionada por Chesnais, é vivida por grande parte da população brasileira. Veja-se que 10% das pessoas mais ricas no país concentram 40% da totalidade da renda *per capita* (BRASIL, 2016). A desigualdade é o veneno do país e adoece a população.

Ainda de acordo com Chesnais, a hiperinflação da moeda fez com que cada pessoa preferisse o consumo imediato comparativamente à poupança ou investimento, criando um perfil de preferências em curto prazo que estimula o hedonismo e a recusa ao esforço (CHESNAIS, 1997, p. 26). Além disso, fez surgir um sentimento de perda de liberdade, de privação de algo que deveria lhe pertencer, acarretando a relativização de valores como o trabalho e honestidade.

Somando-se à problemática da desigualdade-pobreza vem a educação deficitária. O Estado vem se preocupando com a universalização da escola, mas deixa de lado a qualidade do ensino. De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, realizada pelo IBGE (2016), houve um crescimento substantivo do acesso à educação infantil, visto que "em 10 anos, as taxas de escolarização das crianças de 0 a 3 anos e de 4 e 5

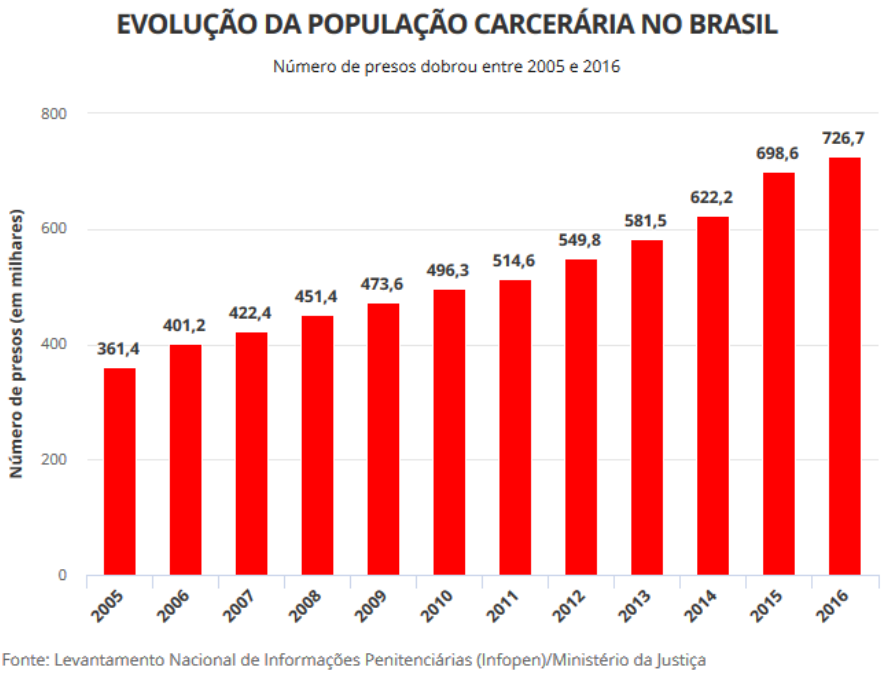
anos de idade subiram de 13,0% e 62,8%, respectivamente, em 2005, para 25,6% e 84,3%, respectivamente, em 2015" (BRASIL, 2016, p. 57). A taxa de frequência escolar bruta dos menores de 6 a 14 anos de idade se aproxima da universalização, chegando a 98,4%, entre os jovens de 15 a 17 anos de idade, essa taxa caiu um pouco para 84,3%, em 2013 (BRASIL, 2014).

Entretanto, no que tange a qualidade do ensino, os dados não são muito positivos. Segundo dados obtidos pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), em 2017 nenhum estado brasileiro atingiu as metas (BRASIL, 2017) de desenvolvimento propostas para o ensino médio, fase estudantil crucial para o aprendizado e aperfeiçoamento de habilidades técnicas voltadas ao mercado de trabalho.

Inúmeros fatores poderiam ainda ser descritos para responder a problemática da criminalidade: aspectos culturais, demográficos e históricos, por exemplo. A criminalidade é multifatorial e atinge, de alguma maneira, todo universo de pessoas. Qualquer tentativa de unificar os vetores do problema é inócua. A tentativa é válida, sim, quando, ao se identificar os componentes da criminalidade, busca-se criar ferramentas preventivas para a ocorrência do crime. E isso o Direito tem mostrado que não consegue fazer sozinho.

3. OS TIPOS PENAIS MAIS PRATICADOS E CUSTOS DE UM PRESO PARA O SISTEMA

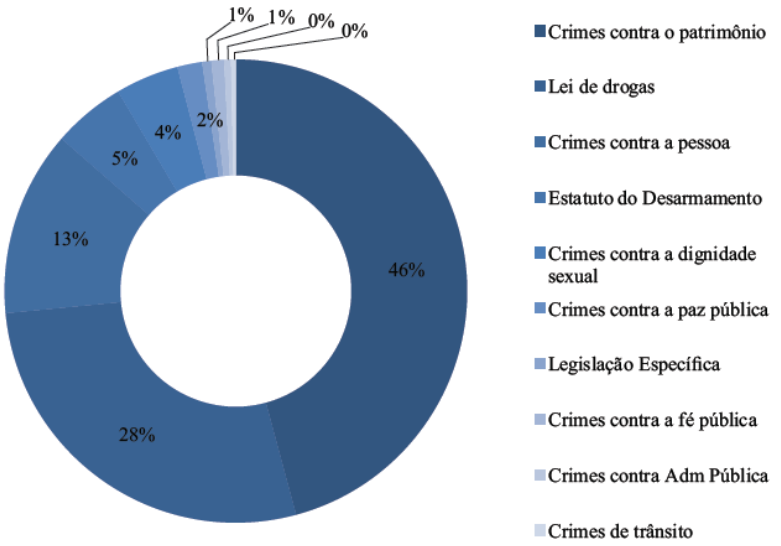
O Brasil mantém, aproximadamente 726 mil, de acordo com os dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, feito em junho de 2016 (BRASIL, 2016), quantia essa que deixa o país com a 3ª maior população carcerária do mundo, mesmo sendo o Brasil o 5º mais populoso. O que mais assusta é que "nos últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro teve um aumento de 267,32%, muito acima do crescimento populacional" (BRASIL, 2014).



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)/Ministério da Justiça

O ordenamento penal é inflado de tipos penais, alguns esparsos e outros contidos no Código Penal. Os crimes contra o patrimônio, contra a pessoa e relacionados a drogas constituem, juntos, 87% (oitenta e sete por cento) do total dos crimes praticados por pessoas que estão encarceradas (BRASIL, 2014).

Figura 3 - Distribuição das sentenças de pessoas presas no Brasil por grandes categorias



Fonte: Infopen, dez./2014.

De acordo com dados do Infopen (BRASIL, 2014), que podem ser visualizados pelo gráfico acima, os crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes somam mais de 50% (cinquenta por cento) das sentenças condenatórias e cujos agentes estão atualmente na prisão.

Uma característica relevante sobre esses crimes que somam a maioria é que, muitas vezes, estão conectados. Imbuídos pelo desejo de consumir a droga, muitos usuários acabam traficando ou praticando pequenos delitos para consegui-la.

É importante elucidar que o país vive uma luta contra as drogas, sem qualquer esperança de melhora, visto que a quantidade de crimes sendo praticados e pessoas sendo presas cresce diariamente. Além disso, vê-se que os pequenos delitos inflam o sistema penal como um todo, envolvendo estruturas físicas como delegacias e prisões, além de estrutura com funcionários públicos e terceirizados.

Não é difícil encontrar julgados envolvendo roubo/furto de pequenos valores. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal negou provimento, em 2013, a Agravo Regimental em *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em defesa de um sujeito que teria furtado quatro galinhas caipiras, avaliadas em R$ 40,00 (quarenta reais), sob o argumento, em suma, da não incidência do princípio da insignificância ao caso em razão da reincidência do agente na prática de delitos contra o patrimônio. Argumentou o Ministro Luiz Fux, Relator do julgado, que "o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta" (STF, HC 115850).

Neste caso, por exemplo, utilizou-se da estrutura pública para punir um sujeito por um delito insignificante. Note-se que, no momento ou logo após o cometimento do crime, foi preciso que policiais levassem o sujeito à delegacia para prestar esclarecimentos. Neste ato, utilizou-se, provavelmente, um carro do poder público. Chegando à delegacia, foi preciso um delegado que interrogasse o sujeito e que um escrivão lavrasse o ato e os depoimentos. Caso tenha sido preso, foi necessário um carcereiro para lhe vigiar, além da alimentação básica. Isso tudo sem contar com a estrutura física da delegacia e, posteriormente, penitenciária.

Nesse sentido, Jesus (2015, p. 23) afirma que:

> "Estes crimes de pouca ou nenhuma relevância para a tutela do Direito Penal, por sua vez, acabam sobrecarregando a Justiça Criminal, dificultando o processamento de crimes com maior gravidade, continuando a permitir a existência de inquérito policial, deflagração da ação penal, prisão em flagrante e, em certos casos, da

> própria prisão preventiva a esta categoria de delitos, impondo-se, portanto, uma atuação exaustiva do sistema criminal para, ao final, serem aplicados institutos distintos da pena privativa de liberdade."

Crimes que não ofendam de forma grave bens jurídicos relevantes deveriam estar protegidos pelo Princípio da Lesividade, o qual "proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal" (SANTOS, 2010, p. 26).

Frise-se que aludido princípio pouco é aplicado, resultando em apreensões, prisões ou detenções de indivíduos que cometeram lesões irrelevantes a bens jurídicos. São inúmeros gastos que se tem com cada sujeito que é preso. Gastos estes superiores ao valor da própria *res furtiva,* como no caso do exemplo utilizado.

Segundo informação do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, instituída em 2008 pela Câmara dos Deputados, "não existem dados ou informações reais confiáveis sobre o custo do preso em nenhum dos estados brasileiros". Diante do que foi possível obter, a referida CPI concluiu que há diferenças no custo do preso em diferentes estados, e que "para o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é de R$ 1.300,00 o custo médio mensal de cada preso em presídios comuns e de R$ 4.500,00 nos presídios de segurança máxima" (BRASIL, 2008).

Ainda, a CPI, baseando-se em dados do Departamento Penitenciário Nacional, concluiu que o gasto mensal com o sistema penitenciário totaliza R$ 3.604.335.392,00 (três bilhões, seiscentos e quatro milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e noventa e dois reais), assim direcionados: R$ 2.642.579.873,00 (dois bilhões, seiscentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e setenta e nove mil, oitocentos e setenta e três reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores ativos (73,32%); R$ 27.701.964,00 (vinte e sete milhões, setecentos e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores inativos (0,76%); R$ 799.481.100,00 (setecentos e noventa e nove milhões, quatrocentos e oitenta e um mil e cem reais) aplicados em despesas de custeio (22,18%) e R$ 134.572.455,00 (cento e trinta e quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais) destinados a despesas de investimento (3,74%) (BRASIL, 2008).

Está claro que o sistema penal rígido para com apenas certas condutas gera custos insuportáveis para o Estado, sem conseguir resolver o problema da criminalidade sozinho. Por

isso, faz-se mister a intercomunicação com outras áreas do conhecimento, como forma de melhor alocar os recursos de maneira eficiente.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA O DIREITO PENAL

As relações humanas são pautadas por interações que o indivíduo faz com seus iguais e com seu meio. As ciências – exatas, humanas, biológicas, sociais, dentre outras – também interagem. E assim não poderia deixar de ser a relação entre o Direito e a Economia. Esta se dedica ao estudo de como o indivíduo decide e se comporta em um universo de recursos escassos, já aquele tem por finalidade a regulação do comportamento humano (GICO JÚNIOR, 2011, p. 17). A união entre essas ciências pode parecer óbvia em determinas situações, como na defesa da concorrência na regulação econômica (ESTEVES, 2010), mas em outros casos é preciso se libertar da comodidade do senso comum para pensar em conceitos relacionados à efetividade, racionalidade e coordenação que vão além do estudo isolado do Direito e da Economia.

Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 25):

> "A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços."

Sintetizando o conceito de Análise Econômica do Direito, Ivo T. Gico Jr (2011, p. 18), leciona que:

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

A AED visa, portanto, ao estudo dos efeitos e das consequências das normas jurídicas a partir da visão de conceitos econômicos. Na área do Direito Penal, a Análise Econômica do Direito é aplicada como tentativa de racionalizar as políticas públicas, as

escolhas políticas e legislativas de forma a tornar as leis penais mais racionais e eficientes (GONÇALVES, 2015).

O economista estadunidense Gary Stanley Becker foi o pioneiro da Análise Econômica do Direito Penal, com a publicação da obra *Crime and Punishment: An Economic Approach* em 1968. Apesar de ter sido ganhador do prêmio Nobel em 1992 e influenciado estudiosos como Isaac Ehrlich, segundo Jacintho Del Vecchio Júnior, Becker é fortemente criticado por sociólogos como Bowling e Foster, Bonnet e outros, em razão das dificuldades inerentes à corroboração empírica decorrente da aceitação de seus postulados, "lançando sérias dúvidas no que diz respeito à sua validade enquanto instrumento teórico apto a descrever os fenômenos criminológicos" (DEL VECCHIO JUNIOR, 2012).

Não obstante as críticas feitas, o estudo elaborado por Becker trouxe contribuições inéditas para o diagnóstico do crime e do comportamento criminoso. Seu trabalho busca a reflexão sobre o que se determina como quantidade e qualidade dos recursos gastos com a criação de leis penais e sua consequente sanção. Secundariamente, procura responder: quantos/quais crimes devem ser permitidos e quantos criminosos podem ficar impunes (BECKER, 1974). Ou seja, que existe uma quantidade ótima de crimes.

5. O PROBLEMA DA ESCASSEZ E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Segundo Mackaay e Rousseau a escassez impõe fazer-se escolhas (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). A escassez gera conflitos e, por conta disso, faz-se necessária a existência de instrumentos reguladores (Direito) para coordenar as necessidades humanas e sociais (RIBEIRO; CAMPOS, 2012). Assim:

> "A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A *escassez* de recursos é, pois, um dado com que o indivíduo tem de conviver e a partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais (FERNANDEZ, 2013, p. 15)."

Diante desse universo de escassez, as escolhas são inevitáveis e devem ser tomadas com o maior rigor possível. Na hipótese de existência de um problema causador de danos,

nem sempre a alternativa mais correta é coibir a ação do precursor e, em tese, deve ser escolhida a opção que cause menor prejuízo a todos (evitar prejuízo mais grave) (COASE, 2009, p. 01).

A Teoria da Escolha Racional pressupõe que o comportamento humano é direcionado de acordo com a instrumentalidade dos fins. O sujeito, quando se encontra perante um conjunto de oportunidade (opções), decide por aquilo que seja mais adequado para se obter os fins desejados. Para essa tomada de decisão, há um elemento volitivo (vontade) que inspira a finalidade da escolha, e por isso, diz-se que os indivíduos agem "maximizando suas utilidades" (MEYERHOF SALAMA, 2013).

Entretanto, toda escolha vincula-se a um custo, denominado custo de oportunidade. Assim, quando o custo de uma escolha aumenta, as pessoas tendem a escolher menos frequentemente essa opção (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31). Há, então, uma ponderação feita pelas pessoas na hora de decidir entre aquilo que lhe traz maior benefício a um menor custo.

De acordo com Ivo T. Gico Júnior (2011, p. 22):

> "A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, *pessoas respondem a incentivos."*

Outro aspecto importante no momento da escolha racional é a informação, pois "o modelo da escolha racional faz a decisão que será tomada depender da informação disponível das opções e consequências" (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 32).

Resumindo a teoria, Carlos H. Ribeiro de Alencar e Ivo Gico Júnior consideram que (2011, p. 76):

> "De acordo com essa teoria, a chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem."

Em conclusão, a Teoria da Escolha Racional é uma das bases da teoria econômica e foi aprimorada por teóricos que a aplicam em diferentes áreas, ganhando espaço mais influente em vários campos de estudo.

6. RELAÇÃO CUSTO – BENEFÍCIO DA PRISÃO PARA O SISTEMA

Com base na Teoria da Escolha Racional, assim como tomada de decisão, cometer um crime envolve uma série de aspectos que o sujeito leva em conta no seu ato. Há um processo de maximização racional, considerando fatores econômicos e envolvendo agentes como o Estado, o próprio sujeito e a vítima (RODRIGUES, 2014, p. 74 e 75).

O possível criminoso avalia qual seria sua rentabilidade ao empregar seu tempo no mercado lícito/formal e pondera essa rentabilidade com o quanto ganharia dedicando seu tempo a atividades ilícitas. Concomitantemente, calcula o risco de responder penalmente pelo seu ilícito praticado. Assim, o sujeito poderá decidir pelo mercado do crime ou não. É o que se baseia a Teoria Econômica do Crime.

É fato que, diante da criminalidade, recursos públicos e privados são gastos para prevenir delitos e prender os criminosos. Nesta análise Becker parte do método que calcula a perda social em decorrência da existência de crimes, buscando encontrar a alocação ótima de recursos e punições que diminuam essa perda social. O estudo do aludido economista, baseado em dados oficiais da *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, chegou à conclusão que gastos públicos com polícia, tribunais, assim como com prisões e segurança privada acarretavam reflexos no PIB dos Estados Unidos (BECKER, 1974)[2].

[2]"The more that is spent on policemen, court personnel, and specialized equipment, the easier it is to discover offenses and convict offenders. One can postulate a relation between the output of police and court 'activity' and various inputs of manpower, materials, and capital, as in A = f(m, r, c), where f is a production function summarizing the 'state of the arts'. Given f and input prices, increased 'activity' would be more costly, as summarized by the relation. It would be cheaper to achieve any given level of activity the cheaper were policemen, judges, counsel, and juries and the more highly developed the state of the arts, as determined by technologies like fingerprinting, wiretapping, computer control, and lie-detecting. One approximation to an empirical measure of 'activity' is the number of offenses cleared by conviction. An increase in either the probability of conviction or the number of offenses would increase total costs" (BECKER, 1974, p. 172)

De acordo com a pesquisa, havendo mais policiais, funcionários de tribunais e equipamentos especializados, maior será a facilidade de se descobrir crimes. Assim, é preciso levar em conta a relação entre o trabalho realizado pela polícia e pela justiça, bem como as atividades policiais e judiciárias que exigem funcionários, equipamentos e capital[3]. Neste ponto, é importante frisar o papel do aperfeiçoamento das tecnologias como forma de diminuir uma parte desses custos.

Com o objetivo de analisar o perfil do criminoso e suas motivações para a atividade ilícita, Pery Shikida elaborou um trabalho contendo resultados de dez anos de pesquisa que concluiu que as razões pelas quais as pessoas escolhem a atividade criminosa está muito mais ligada a fatores como influência de amigos, desestrutura familiar e motivações individuais como a cobiça, ambição e a possibilidade de ganho fácil para manter determinado status social (SHIKIDA, 2010).

Baseando-se em estudos empíricos de Piliavin, Gartner, Thornton e Matsueda, de 1986, sobre indivíduos com potencial criminoso, Fraçois Bonnet defende que a prática de atividades criminosas está relacionada a oportunidades disponíveis aos indivíduos e não aos riscos da possibilidade de ser apreendido. A maioria dos inquéritos analisados na pesquisa mostrou que a severidade da punição praticamente não impede a ocorrência de crimes, e, ainda, que o aumento da probabilidade de punição desempenha um pequeno papel na determinação de escolha do ofensor. Ou seja, tanto a severidade da punição como a probabilidade do sujeito ser punido não acarreta efeito desestimulador àquele que pretende cometer a atividade criminosa (BONNET, 2006).

Bonnet também afirma que a Teoria Econômica do Crime não considera as divisões de classes sociais, raciais e minorias, impondo o foco do estudo em uma ideia idealizada do agente econômico como *homo economicus* por excelência (BONNET, 2006).

Não obstante, o sistema punitivo brasileiro se encontra de crescimento, mediante a elaboração de medidas de recrudescimento de penas e relativização de princípios protetivos constitucionais. Todavia, é importante que, para uma política criminal efetiva, os custos do sistema penal sejam considerados para uma alocação ótima de recursos.

Veja-se que a escolha das políticas públicas – aqui, no caso, políticas criminais – deve levar em conta os custos e benefícios de cada opção para que se maximizem os

resultados, ou seja, uma escolha racional. Na escolha da melhor alocação de recursos, Ronald Coase explica que (2009, p. 35):

> "desejável que a escolha entre alocações sociais distintas para a solução dos problemas econômicos deva ocorrer em termos mais amplos e que o efeito total dessas alocações, em todas as esferas da vida, deva ser levado em consideração. Como Frank H. Knight tem, frequentemente, enfatizado, os problemas da teoria econômica do bem-estar dissolver-se-ão, no final, num estudo da estética e da moral."

No raciocínio de Posner, a Teoria Econômica tem por finalidade modelar um sistema criminal, aplicando racionalmente a lei, de forma a otimizar os recursos públicos, buscando evitar custos adicionais da aplicação da lei quando esta é infringida (sanção) (GUIMARÃES, 2009).

Nas palavras de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (2009, p. 76):

> "Fica claro, destarte, que o ponto ótimo da política criminal economicista se encontra, exatamente, na possibilidade de minimização do custo social da prática delitiva – custos diretos –, impedindo-se que crimes sejam cometidos, assim como, com a minimização dos gastos que permitam que os autores de tais crimes venham a ser efetivamente punidos – custos indiretos. Esse objetivo somente é alcançado com a confluência – repita-se – entre a evitação da prática delitiva e a otimização dos gastos com as agências do sistema penal no deslinde deste objetivo."

Sendo assim, indaga-se: é racional optar por uma política de encarceramento rígida em determinados tipos de crime?

O Direito Penal mínimo garante o controle dos processos de criminalização de condutas lesivas consideradas irrelevantes para o Direito Penal, da mesma forma que visa a proteger o indivíduo contra o abuso punitivo Estatal (ARGÜELLO, 2005). Esta forma de compreender o Direito Penal torna o sistema punitivo mais racional e mais adepto a realidade social considerando a superpopulação carcerária e os seus custos envolvidos.

Na lógica econômica, citando Posner, Fillipe A. Rodriguez (2014) assevera que as penas pecuniárias ou de multa são as melhores alternativas às penas severas por serem as que melhor otimizam recursos para o sistema jurídico e político como forma de defender o Erário público e os direitos de liberdade.

Em obra específica sobre o tema, Posner (1985, p. 1207) afirma que, em casos de crimes menos graves, aplicar uma penalidade mais branda impediria que um crime mais grave

seja cometido. Por exemplo, um ladrão sabendo que pena de seu crime, roubo ou furto, for a mesma do que a de um homicídio, poderia optar por matar uma testemunha como forma de encobrir seu crime.

Importante também destacar que sanções que não sejam as penas privativas de liberdade, como a prestação de serviços à comunidade, podem representar maiores benefícios e menores custos, quando (e apenas quando) houver certa perda social[4].

Essa proposta faz com que a sociedade, sabendo que o crime jamais deixará de existir, "até mesmo porque esse ambicioso objetivo lograria consumir um volume de dinheiro não disponível, deve a comunidade aprender a conviver com certo nível de criminalidade" (GUIMARÃES, 2009, p. 76).

Citando Issac Ehrlich (*The Economic approach to crime: a preliminary assessment,* 1979, p. 302), Cláudio Alberto G. Guimarães (2009, p. 76) afirma que:

> "Será ótimo para a sociedade permitir que um certo número de delitos ocorram, não porque o delito em si mesmo seja útil para algum tipo de função social, senão porque os custos adicionais de combater a delinqüência mais além de um certo nível finito superam os benefícios adicionais resultantes para a sociedade."

Baseados em estimativas, Cooter e Ulen (2016) argumentam que seria mais prudente alocar recursos com policiamento e programas educacionais, já que tais alternativas além de mais econômicas, evitam a ocorrência de crimes.

7. CONCLUSÃO

É fato que um dos papéis do Estado é assegurar a segurança pública, consoante dispõe a própria Constituição Federal, como corolário da garantia aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Em decorrência da existência de mandamento constitucional, é natural que a demanda por segurança seja expressa amplamente pela sociedade.

Entretanto, garantir a segurança à população exige o dispêndio de alto custo, especialmente quando são consideradas as políticas públicas de expansão punitiva visando o

[4] Deve-se considerar essa perda social em grau médio, intermediário entre inexistentes ou insignificantes perdas sociais e perdas sociais consideráveis em que os custos da pena privativa de liberdade compensem.

encarceramento em massa. Tais medidas além de demandarem custos potencialmente insustentáveis para um Estado diante da inevitável escassez de recursos, são meramente pontuais, pois não atacam a causa da criminalidade, que, segundo a experiência, aumenta no decorrer dos anos.

Por isso, faz-se imprescindível que o sistema jurídico não atue isoladamente, especialmente quando se considera a elevada importância da consideração de algumas premissas relacionadas às Teorias Econômicas. Assim, é primordial que, para uma política criminal efetiva, que priorize a segurança da sociedade, os custos do sistema penal e de medidas correlatas sejam considerados para uma alocação ótima de recursos.

É evidente que na análise de custos e benefícios do aprisionamento de determinados tipos de crimes os custos são, por vezes, maiores do que os benefícios, ao se considerar o aumento da criminalidade no decorrer dos anos, mesmo diante da existência das penas privativas de liberdade com seus pretendidos efeitos de retribuição, intimidação e neutralização.

A priorização das sanções pecuniárias poderiam ser a resposta imediata para o problema, entretanto deve ser considerado um problema secundário, já que tais medidas podem desencadear a impossibilidade de uma grande parte dos agentes não conseguir arcar com tais penalidades, diante da potencial falta de condições financeiras. Diante disso, essas pessoas acabariam sendo encarceradas ou sairiam impunes. Quanto à primeira hipótese, o nível de segregação social aumentaria em patamares maiores dos que os atuais, além de voltar à situação problema de custos altos com a manutenção do sistema prisional. As penas de prestação de serviço à comunidade poderiam ser destacadas como uma alternativa a ser aprimorada e considerada.

Nesta linha de pensamento, a escolha política ideal para um sistema de justiça criminal pressupõe que se considere como crime as condutas que efetivamente acarretem uma perda social elevada. Na linguagem penal, a escolha da criminalização primária (tipificação de condutas) deve se dar apenas àquelas condutas que efetivamente lesionem bens jurídicos de elevada relevância. Assim, não sendo consideradas como crime, não haveria punição penal para as condutas com menor potencial de perda social (menos lesivas), convertendo-se, por exemplo, em alguma forma de sancionamento civil.

Por óbvio que não se pretende a total deslegitimação do sistema penal, mas a racional escolha de políticas públicas criminais, permitindo que sejam mais amplas e eficientes, além

de acompanhadas da menor sobrecarga possível para o erário público, nas hipóteses em que, quando da ponderação de custos e benefícios estes sejam ínfimos ou insignificantes em comparação com o alto valor daqueles.

É irracional pensar que o crime deixará de existir na sociedade e que não haja condutas sociais desviantes. Porém, alguns delitos considerados como de menor potencial ofensivo e os que causem pouco prejuízo ao indivíduo lesionado podem receber um tratamento diferente do que a restrição da liberdade.

Os altos custos do aprisionamento (construção e manutenção de presídios, gastos com mão de obra, alimentação etc), além da perda econômica de se manter infinitas pessoas ausentes do processo produtivo, geram custos insuportáveis para o Estado, indicando a necessidade de se ter uma política criminal que não se atenha exclusivamente à pena restritiva de liberdade.

Também se faz necessário o aumento do proveito do exercício de atividades lícitas, quer seja pelas medidas de estímulo ao trabalho, quer seja na imposição de medidas de prestação de serviços à comunidade como forma de retribuição a danos de menor impacto produzidos pela ação delituosa.

Porém, nenhuma política pública está apta a modificar a realidade sem a melhoria no nível de educação, importante estratégia para a redução da potencial opção pelo exercício de atividades ilícitas.

8. REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In**:** **Anais do Congresso Paranaense de Criminologia**. Londrina, Mimeo 2005.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) Essays in the Economics of crime and Punishment. **Chicago: National of Economic Research**, 1974.

BONNET, François. De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes? Les origines théoriques des politiques pénales contemporaines, **Déviance et Société.** (Vol. 30), 2006.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**: 2016. IBGE.

http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291983. Acesso em 16 de julho de 2018

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**: 2014. IBGE. http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=291983. Acesso em 16 de julho de 2017.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Resultados IDEB 2017**. Disponível em http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/nenhum-estado-atinge-a-meta-do-ideb-2017-no-ensino-medio/21206. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2016**. Infopen. Em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2008**. Em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp;jsessionid=03E54E33278723D6AAE63CF20AD6450B.proposicoesWeb1?idProposicao=346322&ord=1&tp=completa. Acesso em 25 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 115850**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013.

CHESNAIS, Jean Claude. O aumento da violência criminal no Brasil. **Justitia:** São Paulo, 1997.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean journal of legal studies**, v. 3, 2009.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law & economics**. 5th ed. The Addison-Wesley series in economics. Boston: Pearson Education, 2016.

_____. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DE ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema jusicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 075-098, 2011.

DEL VECCHIO JUNIOR, Jacintho. **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: Editora Scortecci, 2012

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Max Weber e o Diálogo Possível entre Direito e Economia**. Rio de Janeiro, 2010. Tese Doutorado em Economia. Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010

FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da Pesquisa e a Análise Econômica do Direito: Fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 159, 2013.

GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. A Análise Econômica do Direito Penal. XXIV Congresso Nacional do Conpedi - Ufmg/Fumec/Dom Helder Câmara, Criminologias e Política Criminal. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z4c7xib8/3jI7On7xRUBfs16H.pdf.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. De jure: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009, p. 76.

JESUS, Almir Pereira de. **Descriminalização de delitos patrimoniais não violentos**: uma abordagem crítica e racional à luz da teoria do direito penal mínimo. Dissertação de mestrado profissional em segurança pública, justiça e cidadania. Universidade Federal da Bahia, 2015. Em http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17930

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEYERHOF SALAMA, Bruno. O que é" direito e economia"?. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 160, 2013.

POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law., **Columbia Law Review**, 1985.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SHIKIDA, Pery FA. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 324-344, 2010.