

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**ESCOLA DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**

**PRISCILA LAIS TON BUBNIAK**

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: UMA CRÍTICA À**  
**POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA**

**CURITIBA**

**2017**

**PRISCILA LAIS TON BUBNIAK**

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: UMA CRÍTICA À  
POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

**CURITIBA**

**2017**

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

B917a Bubniak, Priscila Lais Ton  
2017 Análise econômica do direito penal tributário: uma crítica à política criminal brasileira / Priscila Lais Ton Bubniak; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. -- 2017  
159 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017  
Bibliografia: f.145-159

1. Direito tributário. 2. Direitos sociais. 3. Direito penal. 4. Direito e economia. 5. Crime fiscal. 6. Política pública. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.39

**PRISCILA LAIS TON BUBNIAK**

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: UMA CRÍTICA À  
POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios  
PUCPR - Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Heloisa Estellita  
FGV - SP

---

Prof. Dr. Fábio André Guaragni  
UNICURITIBA - PR

Curitiba, 31 de março de 2017.

## RESUMO

A violação do dever fundamental de pagar tributos consiste em um dos principais obstáculos à arrecadação de recursos financeiros indispensáveis para a implementação dos direitos sociais e, conseqüentemente, para o desenvolvimento socioeconômico. Em que pese a existência de medidas tendentes a evitar e reprimir o descumprimento das obrigações tributárias em outros ramos do Direito, o Estado optou por também se valer do Direito Penal, tipificando a supressão e a redução da quantia exigida a título de tributo mediante as condutas fraudulentas elencadas em lei, e impondo-lhes uma espécie qualificada de sanção jurídica, a pena. A política criminal, por outro lado, é marcada pelo estímulo ao adimplemento do débito tributário como um recurso para afastar a incidência da norma penal por meio do instituto da extinção da punibilidade. A oscilação do tratamento legislativo nesta temática, entretanto, tem potencial para alterar futuras decisões, influenciar a moralidade fiscal, o controle social e o cumprimento voluntário das obrigações tributárias. Isto, em razão dos sucessivos programas de recuperação e regularização do crédito tributário que, irrefletida e inadvertidamente ampliam o limite temporal para a reparação do dano, admitem que ela seja implementada mediante parcelamento, estabelecem estímulos econômicos adicionais e afastam o custo esperado da prática delitiva, porquanto além de atestarem a fragilidade do sistema, tornam a opção pela evasão fiscal economicamente vantajosa. Face aos incentivos e desincentivos estabelecidos por esta construção normativa, a Análise Econômica do Direito se apresenta como um importante método de análise da política criminal aplicada aos delitos fiscais, por fornecer um pressuposto teórico capaz de explicar e de algum modo predizer o comportamento humano, bem como avaliar as conseqüências práticas de diferentes escolhas político-normativas. A relevância desta percepção resulta precisamente no fato de que os reflexos da aproximação entre a política criminal e a política fiscal, por meio dos programas de parcelamento especiais, cujo conteúdo institua situações que fogem da normalidade institucional, podem contrariar os fins socialmente desejados (prevenção dos delitos) e utilitariamente esperados (aumento da arrecadação tributária).

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Direito Penal Tributário. Políticas públicas. Desenvolvimento. Direitos sociais.

## ABSTRACT

The violation of the fundamental duty to pay taxes consists in one of the main obstacles in collecting financial resources, which are indispensable to implement social rights and to achieve socioeconomic development. Despite the existence of measures to avoid and restrain the breach of tax obligations, the State choose to use Criminal Law, criminalizing the suppression or reduction in payment demanded as tribute. This conducts were described in the legislation as fraud and tax evasion, to which was imposed a qualified form of sanction, the criminal punishment. Criminal policy, on the other hand, in characterized by the encouragement to tax debit payment as a way to extinguish the possibility of punishment. However, the inconsistency of legislation in this matter has potential to alter future decisions, influence fiscal morality, social control, and the voluntary payment of tax obligations. All of this due to the several tax credit recuperation and regularization programs that allow a longer period to repair the damage, admit installment plans, establish new economic stimuli and cover the costs of the offense, because not only show the weakness in the system, also make tax evasion economically worthy. With the incentives and deterrents established by this new normative construction, Law and Economics are un important method of criminal policy analysis applied to tax crimes, since it gives a theoretical base capable of explaining and predicting human behavior, as well as evaluate practical consequences of different political-normative choices. The relevance of this perception is precisely in the reflexes of the gathering between criminal policy and fiscal policy, trough special installment programs, which content creates abnormal institutional situations that may go against sociable desired (crime prevention) and utilitarianly expected (increase in tax collection) ends.

**Key-words:** Law and Economics. Criminal Tax Law. Public policy. Development. Social rights.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Percentuais de redução previstos na Lei nº 11.941/2009 .....	95
---	----

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>PREMISSAS INICIAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>3</b>	<b>DA ORIGEM À RETOMADA DO ENFOQUE ECONÔMICO NO DIREITO PENAL.....</b>	<b>24</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE ECONÔMICA DA POLÍTICA CRIMINAL COM ENFOQUE NA PREVENÇÃO DOS DELITOS ECONÔMICOS.....</b>	<b>48</b>
4.1	AED POSITIVA: O CRIME COMO DECORRÊNCIA DE UMA ESCOLHA RACIONAL .....	49
4.1.1	As escolhas são racionais? .....	51
4.1.2	Como são determinadas as preferências dos indivíduos? .....	54
4.1.3	De uma perspectiva individual, os benefícios e os custos esperados da prática delitiva são exclusivamente monetários? .....	55
4.1.4	A teoria da escolha racional é satisfatoriamente preditiva/explicativa? .....	56
4.1.5	O comportamento (ir)racional.....	58
4.2	AED NORMATIVA E A ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RECURSOS NA PREVENÇÃO DO DELITO .....	63
4.2.1	Quando o Direito Penal deve intervir? .....	64
4.2.2	Como o Direito Penal deve intervir? .....	66
4.2.3	Qual é a pena ideal?.....	68
4.2.4	Como determinar a magnitude da sanção?.....	69
4.2.5	De que outras formas se pode prevenir? .....	71
4.3	CONSIDERAÇÕES .....	74
<b>5</b>	<b>ANÁLISE ECONÔMICA DA POLÍTICA CRIMINAL NO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>76</b>
5.1	TRIBUTAÇÃO, SOLIDARIEDADE, CIDADANIA FISCAL E CONTROLE .....	76
5.2	EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS .....	79
5.3	POLÍTICA CRIMINAL E SUA APROXIMAÇÃO COM AS ESTRATÉGIAS ARRECADATÓRIAS.....	83
5.3.1	Prévio esgotamento da via administrativa .....	85
5.3.2	Extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário .....	90
5.3.2.1	Influência dos Programas de Parcelamento Especial na matéria .....	91

5.3.2.1.1	Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) .....	92
5.3.2.1.2	Programa de Parcelamento Especial (PAES) .....	93
5.3.2.1.3	Programa de Recuperação Fiscal da Crise (“REFIS DA CRISE”) .....	94
5.3.2.2	A tentativa de restabelecimento do recebimento da denúncia como marco temporal	96
5.3.2.3	Influência do paradigma do fisco global e o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) .....	98
<b>5.3.3</b>	<b>A instrumentalização da política criminal .....</b>	<b>100</b>
5.4	ANÁLISE POSITIVA: A DECISÃO DE PRATICAR EVASÃO TRIBUTÁRIA ...	102
5.5	ANÁLISE POSITIVA DO SISTEMA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA EVASÃO TRIBUTÁRIA.....	113
<b>5.5.1</b>	<b>Aumento da probabilidade de autuação.....</b>	<b>113</b>
<b>5.5.2</b>	<b>Magnitude da sanção.....</b>	<b>118</b>
<b>5.5.3</b>	<b>Expressão, dissuasão e internalização: impactos sobre a moralidade fiscal, normas sociais e o controle social.....</b>	<b>122</b>
5.5.3.1	Expressão.....	123
5.5.3.2	Internalização .....	124
5.5.3.3	Dissuasão.....	125
5.5.3.4	Efeitos da interação .....	126
<b>5.5.4</b>	<b>Impactos sobre o cumprimento voluntário das obrigações .....</b>	<b>131</b>
<b>5.5.5</b>	<b>Políticas de governo que descaracterizam as políticas de Estado .....</b>	<b>134</b>
5.6	A (IN)EFICÁCIA E (IN)EFICIÊNCIA DA TUTELA PENAL DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA .....	136
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>141</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>145</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito, como um sistema de incentivos positivos e negativos, induz os indivíduos a se comportarem de distintas formas. À vista disso, a Análise Econômica do Direito (AED) se apresenta como um importante método de estudo, capaz de apontar explicações e propostas em campos nos quais a análise jurídica tradicional, dogmática, tem se mostrado insuficiente, por desconsiderar a motivação do comportamento humano, bem como as consequências práticas de diferentes escolhas político-normativas.

A opção pela aplicação da Análise Econômica no estudo do Direito Penal Tributário deve-se ao contraditório sistema de incentivos estabelecido pelo conflito de interesses político-criminais e político-fiscais, que pode comprometer a arrecadação de tributos indispensáveis para a consecução dos objetivos estabelecidos na Constituição.

Em síntese, atribui-se ao Direito Penal, de forma subsidiária, a tutela da arrecadação tributária, por meio da tipificação de condutas fraudulentas voltadas à supressão e redução da quantia devida a título de tributos. Isso ocorre mesmo com a existência de medidas tendentes a evitar e reprimir a evasão tributária em outros ramos do Direito. Dessa forma busca-se desincentivar as condutas lesivas ao bem jurídico tutelado, mediante a imposição de uma espécie qualificada de sanção jurídica negativa, a pena, a qual deverá ser contabilizada pelo indivíduo como um custo decorrente da prática delitiva.

Ocorre que a tutela penal produz reflexos acessórios e, no caso, instrumentalizou o exercício da atividade arrecadatória, na medida em que conferiu um grau de coercibilidade mais acentuado à legislação administrativa. Essa perspectiva de instrumentalização do Direito Penal Tributário poderia ser afastada se, no núcleo teleológico da intervenção, estivesse a defesa do bem jurídico e não, exclusivamente, a reparação do dano.

Entretanto, e aqui surge o problema a ser exposto no presente trabalho, as constantes modificações legislativas no instituto da extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo acabam por afastar o custo esperado da prática delitiva, correspondente à imposição da sanção penal. Este fica reduzido ao mero pagamento do tributo devido, acrescido das penalidades pecuniárias impostas no âmbito administrativo. A expressão maior do problema se encontra nos sucessivos programas de recuperação fiscal, lançados para aliviar os estoques de dívida ativa e diminuir o *deficit* orçamentário.

Desprovidos de quaisquer considerações jurídico-penais acerca do bem jurídico tutelado e das finalidades próprias do Direito Penal, bem como de análises consequentialistas sobre os

incentivos negativos produzidos e dos possíveis impactos sobre a arrecadação, os mencionados programas podem comprometer significativamente a eficácia e eficiência da tutela penal da arrecadação tributária, motivo pelo qual estudos que levem em consideração a resposta dos indivíduos frente ao sistema de incentivos são de grande relevância.

A Análise Econômica do Direito (AED) consiste em um importante método para compreender, explicar e prever (com razoável nível de acerto) as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a sua lógica (racionalidade). De uma perspectiva metodológica, e não econométrica ou estatística, fornece uma teoria sobre o comportamento humano, possibilita um exercício de explicação e prognose das possíveis consequências da adoção de diferentes arranjos legais, bem como a aferição de eficiência de cada arranjo institucional, dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

À vista disso busca-se, por meio de revisão bibliográfica de produções nacionais e estrangeiras, a fundamentação teórica indispensável para a compreensão e teorização do comportamento humano frente aos incentivos estabelecidos pela atual configuração do sistema de prevenção e repressão à evasão fiscal e, face às consequências, avaliar se a tutela penal da arrecadação tributária se mostra eficaz e eficiente. Portanto, a perspectiva adotada é metodológica, ainda que sejam utilizados dados empíricos obtidos por pesquisas acadêmicas relacionadas ao tema para corroborar as hipóteses teóricas levantadas.

O estudo está dividido em cinco capítulos, incluindo essa introdução (Capítulo 1). O segundo capítulo concentra as premissas iniciais, voltadas à apresentação dos aspectos metodológicos e epistemológicos da Análise Econômica do Direito, bem como o estado da arte. Neste momento serão superadas algumas barreiras que poderiam sustentar uma objeção à aproximação entre as disciplinas do Direito e da Economia, como a utilização da Análise Econômica do Direito em países de tradição romano-germânica, distintos daquela na qual teve origem (*common law*), preocupados, em geral, com a descrição e sistematização das normas (exegese) e com a dogmática jurídica (análise jurídica formal) e indiferentes, por influência da deontologia, às consequências, mesmo quando elas se apresentam de extrema relevância para se avaliar a legitimidade de determinadas escolhas.

No terceiro capítulo será feita uma breve explanação sobre as principais contribuições de abordagens consequencialistas, que antecederam o surgimento da AED e que são indispensáveis para a compreensão do enfoque econômico no Direito Penal. Nas obras de BECCARIA e BENTHAM são encontradas análises positivas fundamentadas na concepção de indivíduos guiados pela racionalidade, bem como prescrições de políticas criminais voltadas à redução da criminalidade e pautadas pela importância de se considerar fatores como

probabilidade de imposição de pena, severidade da sanção, certeza, proximidade, dentre outras. Na sequência, expõe-se a formulação teórica de BECKER que alia às preocupações utilitaristas, a necessidade de se levar em consideração a alocação ótima de recursos na prevenção dos delitos.

No quarto capítulo busca-se demonstrar a aplicabilidade da AED na Política Criminal, por meio da apresentação dos dois níveis epistemológicos da disciplina: análise econômica positiva e análise econômica normativa e seus respectivos conceitos. A primeira se ocupa da decisão de delinquir ao passo que a segunda está relacionada à decisão política relacionada à prevenção e a alocação eficiente de recursos para tanto. Dá-se ênfase aos crimes econômicos, afastando-se, dessa forma, possíveis objeções sobre o pressuposto metodológico escolhido para a análise da prevenção e repressão dos delitos tributários.

No quinto e último capítulo, os instrumentos teóricos da Análise Econômica do Direito serão aplicados no estudo da política criminal voltada à prevenção e repressão dos delitos tributários. Cumpre advertir que, para o adequado aprofundamento no tema, optou-se tão somente pela Análise Positiva, que visa à avaliação das consequências da política criminal no campo dos delitos tributários, tal como configurada hodiernamente. Não se intenciona analisar se os crimes tributários deveriam ou não ser punidos (análise normativa custo-benefício), nem qual seria a pena adequada (análise normativa custo-eficácia). Partindo do direito posto e das opções políticas de criminalização e extinção da punibilidade pela reparação do dano, procura-se averiguar se, face ao comportamento dos indivíduos perante o sistema de incentivos criados pelo legislador e pela jurisprudência, o Direito Penal tutela de forma eficaz e eficiente a arrecadação tributária.

Embora a opção metodológica deixe pouco espaço para questões dogmáticas jurídico-penais, alguns aspectos que impactam consideravelmente a eficácia do sistema de prevenção serão tratados, como a necessidade de prévio esgotamento da via administrativa para a tipificação dos crimes tributário de resultado.

Por fim, cumpre esclarecer que não se pretende aqui esgotar um tema que ainda é objeto de amplo debate. O objetivo é lançar uma crítica à atual política criminal; esta possui potencial para alterar futuras decisões dos contribuintes ao estabelecer incentivos negativos para o cumprimento voluntário das obrigações e incentivos positivos para o inadimplemento fraudulento das obrigações, conduzindo a um ambiente de desconformidade e inobservância tributária.

## 2 PREMISSAS INICIAIS

A limitação da dogmática jurídica – preocupada, exclusivamente, com a estrutura do Direito e voltada à procura de respostas somente no interior da racionalidade do sistema jurídico – impôs ao Direito a necessidade de estabelecer uma relação mais próxima com os métodos de estudo das demais ciências sociais. Em geral, ambos possuem em comum a relação entre regra e comportamento, bem como a busca por uma ordem social. Contudo, enquanto as ciências sociais partem do comportamento para chegar à regra e utilizam-se desta para explicar e prever comportamentos, o jurista parte da regra que estabelece a forma como os indivíduos devem se comportar para então chegar ao comportamento. Esse comportamento, em relação à regra, pode ser lícito ou ilícito<sup>1</sup>.

As normas jurídicas são formuladas com fundamento no pressuposto essencial da liberdade que os destinatários têm de obedecê-las, ou não. Ou seja, as normas não controlam diretamente o comportamento dos indivíduos, senão por meio das consequências de suas ações<sup>2</sup>. São as sanções, negativas ou positivas, que acabam obtendo um determinado comportamento humano considerado desejável. Por esse motivo, “as ciências sociais podem oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma a, sutilmente, refinar sua intuição”<sup>3</sup> acerca do possível comportamento frente aos diferentes incentivos gerados pela norma, razão pela qual, “cada um dos ramos tradicionais do direito vem descobrindo, ao seu lado, alguma disciplina do comportamento humano que o acompanha como a própria sombra”<sup>4</sup>.

A aproximação que interessa ao presente trabalho se deu por meio da aplicação das teorias e métodos empíricos da Economia ao estudo das normas e instituições jurídico-políticas<sup>5</sup>, e recebeu o nome de *Law and Economics*, Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito<sup>6</sup>. Para entender essa aproximação, é preciso tomar a definição de Economia não pelo

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manoele, 2007, p. 48.

<sup>2</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. trad. Rachel Sztajn. 2. ed. Atlas, 2015, p. 5

<sup>3</sup> Ibid., p. 7

<sup>4</sup> BOBBIO, op. cit., p. 47.

<sup>5</sup> Aqui compreendidas no sentido atribuído por NORTH: “as instituições são as restrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana. Elas são feitas de restrições formais (regras, leis, constituições), de restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e de suas respectivas características impositivas”. Cf. NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010, p. 15.

<sup>6</sup> O termo Direito e Economia, que nada mais é do que a tradução literal de *Law and Economics*, é utilizado no Brasil por autores como PINHEIRO e SADDI, SALAMA e TIMM. Esta terminologia vigora também na Alemanha (*Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha e na Hispano-América, bem

seu objeto de estudo (produção, distribuição e consumo de bens e serviços), e sim pelo seu método: “a Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins e os meios escassos suscetíveis de usos alternativos”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito (daqui em diante AED), tem por objetivo aplicar o instrumental analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da Economia do Bem-Estar Social, para explicar e prever as consequências das instituições jurídicas sobre o comportamento humano, bem como avaliá-las de acordo com o critério da eficiência (AED positiva), de modo a propor arranjos institucionais alternativos para o alcance dos fins almejados (AED normativa)<sup>8</sup>.

O aprofundamento no estudo da AED e sua aplicação requer antes de tudo a superação de algumas barreiras. A primeira delas diz respeito à visão equivocada do que seja a epistemologia da Análise Econômica do Direito. Conforme destaca SALAMA, é preciso superar a ideia de que a disciplina contém um conjunto de predicados do tipo “juízes e legisladores devem adotar a regra X na situação Y porque esta é a solução eficiente e correta para o problema Z”<sup>9</sup>. A AED não se propõe a dar respostas definitivas para dilemas normativos, nem se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas, entretanto “serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas”<sup>10</sup>.

A segunda barreira está relacionada à objeção do método por parte dos países de tradição romano-germânica ou *Civil Law*. GRECHENIG e GELTER destacam que a AED encontrou mais espaço no *Common Law* do que no *Civil Law* em razão de dois fatores: (i) a influência do utilitarismo nos Estados Unidos contrária a filosofia alemã que seguiu um caminho antiutilitarista inspirado em KANT; e (ii) a separação entre política e ciência jurídica na

---

como em Portugal, por influência da obra de POSNER, utilizam-se os termos “*Análisis económico del Derecho*” e “*Análise Económica do Direito*”, respectivamente. Na França, por sua vez, emprega-se o termo “*Economie du Droit*”, que significa “Economia do Direito”. No presente estudo, optou-se pelo termo Análise Econômica do Direito, por diferir de forma mais evidente da terminologia Direito Econômico, empregada para denominar a matéria que tem por objeto de estudo a regulação e intervenção do Estado nos mercados.

<sup>7</sup> No original: “*Economics is the science which studies human behavior as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses*”. Cf. ROBBINS, Lionel. **The Concise Encyclopedia of Economics**. Library of Economics and Liberty. 2008. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Robbins.html>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

<sup>8</sup> GICO JR conceitua a AED como “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”. Cf. GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 8.

<sup>9</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>10</sup> *Ibid.*

academia jurídica alemã – pela escola histórica da jurisprudência de SAVIGNY, na primeira metade do século XIX, posteriormente reafirmada por KELSEN<sup>11</sup>, no século XX –, em oposição à discussão política na academia jurídica e jurisprudência dos Estados Unidos, fortemente influenciada pelo Realismo Jurídico, que teve como precursor HOLMES JR<sup>12</sup>. Segundo os autores, “o Realismo Jurídico está baseado em um entendimento utilitarista do direito, que é inclinado à realização de objetivos específicos”<sup>13</sup>. Esse legado, deixado pelo pensamento nos Estados Unidos, impôs “a exigência de que todos os formuladores de políticas públicas, incluindo juízes, deveriam levar as ciências sociais em consideração ao realizar julgamentos, dentre as quais, a economia”<sup>14</sup>.

Contrariamente, na academia jurídica alemã, o juspositivismo não apenas excluiu do Direito qualquer forma de análise normativa (*dever ser*) como eliminou o diálogo entre o Direito e as demais ciências sociais. Com isso, os juristas foram afastados dos instrumentos analíticos aptos para a avaliação das consequências de suas decisões e interpretações e de quaisquer preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas.

Após o paradigma positivista normativo ser superado, a reaproximação com outras disciplinas como a Sociologia, por meio da Escola de Frankfurt, e a Filosofia, mediante ao movimento do neoconstitucionalismo<sup>15</sup>, possibilitou que os países de tradição romano-germânica passassem a formular novas propostas de fundamentação e legitimação do direito, de modo a permitir sua compreensão em múltiplas dimensões – normativa, fática e valorativa<sup>16</sup> – em um movimento denominado pós-positivismo.

---

<sup>11</sup> Enquanto SAVIGNY propunha tornar as considerações sobre política dependentes do direito existente, KELSEN argumentava que a política deveria ser inteiramente excluída da ciência jurídica. Cf. GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norteamericano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

<sup>12</sup> Para quem, com a ajuda da Economia, os juristas aprenderiam a “considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. trad. Lauro Frederico Silveira. **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan/jul. 2008, p. 95.

<sup>13</sup> GRECHENIG; GELTER, op. cit., p. 350.

<sup>14</sup> A posição da política na doutrina jurídica é o elemento central da explicação dos autores: “o Realismo Jurídico tornou inevitável a renúncia do doutrinalismo puro como única ferramenta do jurista, em última medida exigindo o desenvolvimento de um programa normativo para suplementar e substituir a indeterminação da interpretação. Na medida em que se tornou amplamente reconhecido que o método doutrinário ortodoxo de fato permitia uma variedade de interpretações, outras medidas precisaram ser desenvolvidas para guiar a tomada de decisão judicial. Estas medidas tiveram que ser dirigidas a elementos externos, não jurídicos, levando a uma discussão com ênfase em política”. Cf. *Ibid.*, p. 349-350.

<sup>15</sup> GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 12 e ss.

<sup>16</sup> Neste sentido, vide: REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed., rev. e restr. São Paulo: Saraiva, 1994.

A interdisciplinaridade<sup>17</sup>, outrora afastada pela tentativa de consolidar uma teoria pura do Direito, o reaproximou de discussões políticas e de métodos voltados para a análise e correção das distorções geradas pelo positivismo. Contudo, conforme assevera GICO JR, se, em um primeiro momento a busca de justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado – segundo algum critério de justiça que não comportasse “voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”<sup>18</sup> – se fez indispensável, em um segundo momento o que se tornou imprescindível foi o desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete do direito a identificar, prever e mensurar as consequências das decisões e políticas públicas no contexto legal, político, econômico e institucional no qual fossem tomadas e/ou implementadas. Isto é, não bastavam justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também teorias que permitissem de forma mais acurada, e não apenas intuitiva, juízos de diagnóstico e prognose<sup>19</sup>.

A pertinência entre meios jurídicos e fins normativos que gera implicações para a própria legitimidade do direito<sup>20</sup> não pode ser apenas teórica, uma vez que está intimamente

---

<sup>17</sup> Conforme destaca ZANATTA, o movimento Direito e Economia (ou Análise Econômica do Direito) não foi o único movimento acadêmico surgido nos Estados Unidos a abordar de forma interdisciplinar Direito e Economia. O autor aponta ainda os movimentos denominados *Critical Legal Studies* (Estudos Jurídicos Críticos) e o *Law & Development* (Direito e Desenvolvimento). O *Critical Legal Studies* surgiu em 1976 na Universidade de Wisconsin e compreendia a doutrina jurídica como “uma série de construções ideológicas que apoiavam arranjos sociais existentes com o objetivo de convencer os atores legais e cidadãos comuns que os sistemas jurídicos, econômicos e sociais eram inevitáveis e basicamente justos”. Para os adeptos deste movimento, “a *Law & Economics* era vista apenas como uma construção ideológica que apoiava a economia de mercado-livre e o neoliberalismo, com o escopo de romper com o *Welfare State* e justificar a eficiência econômica como uma concepção de justiça distributiva”. O movimento, *Law & Development*, por sua vez, pautou-se em uma visão macroeconômica ao invés de micro e “surgiu nos Estados Unidos em razão da criação de agências internacionais de desenvolvimento, fruto da ideia kennedyana de ‘aliança para o progresso’”. O movimento fracassou em razão das experiências malsucedidas de reformas jurídicas nos países em desenvolvimento. Cf. ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, p. 25-53, 2012, p. 41-43.

<sup>18</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio, 2007, p. 5. Daí o apoio teórico em filósofos que apontam critérios para se chegar a proposições normativas racionais e justas. Para um aprofundamento sobre o tema, vide: RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins, 2008; HABERMAS, Jürgen. **Verdades e Justificações: ensaios filosóficos**. trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>19</sup> GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 14-15.

<sup>20</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

ligada às reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), motivo pelo qual a análise econômica se mostra de extrema relevância nessa investigação<sup>21</sup>.

Portanto, não se observa uma incompatibilidade do método com relação aos países do *Civil Law*, e sim um movimento tardio na reaproximação com as demais ciências sociais, indispensável para a aceitação e compreensão dos postulados da AED. Note-se que MACKAAY e ROUSSEAU<sup>22</sup> sistematizaram o movimento da análise econômica nos Estados Unidos em quatro fases: (i) do lançamento (1957-1972), que abrange, dentre outras obras de grande relevância, as publicações de COASE sobre o custo social<sup>23</sup>, de CALABRESI sobre a responsabilidade civil extracontratual<sup>24</sup> e de BECKER sobre a análise econômica do Direito Penal e da Política Criminal<sup>25</sup>; (ii) da aceitação do paradigma (1972-1980), que ocorre com a publicação do livro *Economic analysis of law* de POSNER<sup>26</sup>; (iii) dos debates sobre os fundamentos (1980-1982) e, (iv) do movimento ampliado (a partir de 1982), resultante das acaloradas discussões que estimularam o surgimento de outras escolas de pensamento, dentre elas a Escola de Chigaco, Escola de New Haven, Escola Austríaca, Escola Institucionalista e Escola Neoinstitucionalista, Escola ligada às normas sociais (*Law and social norms*), além das vertentes como a Teoria dos Jogos aplicada ao Direito, Direito e Economia Experimental e Direito e Economia Comportamental (*Behavioral Law and Economics*)<sup>27</sup>. Com relação aos demais países, os autores apontam que o movimento foi aceito na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia a partir da metade dos anos 1970. Na Europa continental, o movimento foi recepcionado primeiramente em países de idioma alemão, com a publicação de traduções de textos clássicos norte-americanos em 1978. Na França, as primeiras obras datam de 1977/78. Em Flandres e nos Países Baixos, dá-se a eclosão no final dos anos 1980. Na Itália, as

---

<sup>21</sup> GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 16.

<sup>22</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. trad. Rachel Sztajn. 2. ed. Atlas, 2015, p. 9. Para um aprofundamento sobre o tema, consultar: MACKAAY, Ejan. History of law and economics. **Encyclopedia of law and economics**, v. 1, p. 65-117, 2000.

<sup>23</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, **Journal of Law and Economics**, III, p. 1-44, Oct. 1960.

<sup>24</sup> CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

<sup>25</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968

<sup>26</sup> POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Cy, 1972.

<sup>27</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, op. cit., p. 13.

publicações que demonstram interesse pelo tema datam do final dos anos 1990<sup>28</sup>. Já no Brasil, as primeiras obras foram lançadas nos anos 2000<sup>29</sup>.

Destaque-se que a expansão do movimento fora dos Estados Unidos ocorreu em momento conturbado, qual seja, dos debates sobre os fundamentos da AED. A tese de que a maximização da riqueza (i. e. eficiência) deveria constituir um objetivo a ser perseguido pelo direito foi extremamente polêmica no meio jurídico, filosófico e econômico. Por esse motivo, a rejeição em absoluto do método da AED parecia a alternativa mais viável.

Ocorre que, apresentando-se agora a terceira barreira a ser enfrentada, a possível objeção relativa ao método da Análise Econômica do Direito esteve e está relacionada à incompreensão das distinções entre AED positiva e AED normativa. Conforme destaca OGUS, a obsessão com a eficiência como fundamento do direito afastou a atenção do estudioso da existência de outro nível de análise: a positiva (*i.e.*: descritivo/explicativo)<sup>30</sup>. AED positiva e AED normativa constituem dimensões distintas e independentes: enquanto a primeira se ocupa das repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos, a segunda estuda se, e como, “noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar”<sup>31</sup>.

No primeiro nível epistemológico, a AED se utiliza de modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da microeconomia (e.g. teoria da escolha racional, teoria dos jogos, teoria da agência<sup>32</sup>) para explicar e prever possíveis comportamentos e consequências frente a diferentes incentivos. Para tanto, parte-se do pressuposto de que a escassez de bens (e.g. dinheiro, tempo) obriga os indivíduos a tomarem decisões e incorrerem em sacrifícios (*tradeoffs*). Nesse processo de decisão, os benefícios e custos de cada alternativa são ponderados, optando-se por aquela que, dadas as condições e circunstâncias, proporciona mais bem-estar, isto é, aquela que

---

<sup>28</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. trad. Rachel Sztajn. 2. ed. Atlas, 2015, 16-19.

<sup>29</sup> A título exemplificativo: PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000; ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005; TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: IOB-homson, 2005; ALVAREZ, Alejandro. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, jul/dez. 2006.

<sup>30</sup> OGUS, Anthony. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. **Chicago-Kent Law Review**, v. 79, n. 2, 2004, p. 384.

<sup>31</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

<sup>32</sup> A teoria da escolha racional trata das decisões individuais e do postulado da escolha racional a que se conformam. A Teoria dos Jogos se dedica ao estudo das interações humanas, isto é, situações que envolvem decisões ou situações nas quais a decisão de um depende da decisão de outrem, e vice-versa. Por fim, a Teoria da Agência diz respeito às situações nas quais uma pessoa deve agir por intermédio de outrem. Cf. MACKAAY; ROUSSEAU, op. cit., p. 21-22.

alcança o maior benefício aos menores custos. A segunda alocação preferível, porém preterida, denomina-se custo de oportunidade e nada mais é do que o preço implícito ou explícito que se paga ao optar por determinada alocação. Como os indivíduos se comportam de forma racional maximizadora, isto é, maximizam seus interesses sejam eles quais forem (e.g. econômico, altruísta, moral), uma alteração na estrutura de incentivos pode suscitar diferentes escolhas. Essas escolhas podem ocorrer em um contexto mercadológico e resultar da livre interação entre agentes (barganha) ou podem ocorrer em um contexto hierárquico, quando a interação entre os agentes é regida por regras de comando. No primeiro caso, quando as possibilidades de trocas benéficas por consequência da livre interação dos agentes são esgotadas, fala-se em uma situação de equilíbrio: onde os custos associados a cada troca se igualam aos benefícios auferidos, atingindo assim a eficiência<sup>33</sup>. No segundo caso, as regras devem levar em consideração a estrutura de incentivos criados e a possibilidade de que os indivíduos alterem suas condutas, podendo provocar efeitos indesejáveis ou não previstos. Portanto, por se tratarem de comportamentos racionais, ainda que lastreados em uma racionalidade limitada<sup>34</sup>, estes comportamentos seriam passíveis de descrição, previsão e influência por meio de incentivos<sup>35</sup>.

O objetivo da AED positiva consiste, então, na descrição e previsão desses comportamentos e de suas possíveis consequências. Para tanto, ela se utiliza do individualismo metodológico, ou seja, adota como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de um pequeno grupo de indivíduos para explicar e compreender o comportamento coletivo. Essa simplificação da complexa realidade não está imune a críticas. Dentre elas, as que ressaltam a ausência de preocupação dos modelos microeconômicos com as peculiaridades dos diversos sistemas culturais<sup>36</sup>, bem como aquelas que destacam a impossibilidade de verificação das hipóteses formuladas por falta de dados empíricos que as confirmem ou por falta de credibilidade com relação a esses dados. Contudo, deve-se ressaltar que “a força dos

---

<sup>33</sup> A eficiência econômica é sinônimo de ótimo de Pareto. Consoante SEN, “o Teorema Fundamental da Economia do Bem-Estar relaciona os resultados do equilíbrio de mercado em concorrência perfeita com a otimalidade de Pareto. Esse teorema mostra que, em determinadas condições (especialmente ausência de ‘externalidades’, isto é, de interdependências que sejam externas ao mercado), cada equilíbrio perfeitamente competitivo é um ótimo de Pareto e, com algumas outras condições (especialmente ausência de economias de grande escala), cada estado social Pareto-ótimo é também um equilíbrio perfeitamente competitivo em relação a algum conjunto de preços (e para alguma distribuição inicial das dotações das pessoas)”. Cf. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. trad. Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49-50.

<sup>34</sup> Assunto tratado no tópico 4.1.

<sup>35</sup> Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20-32; GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 21-23.

<sup>36</sup> Cf. ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 11-22, 2005.

modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado<sup>37</sup> e sua utilidade enquanto mecanismo de compreensão se deve justamente pela redução da complexa realidade, pois, “quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se tornar a própria realidade”<sup>38</sup>.

Quanto à AED normativa, uma declaração precipitada poderia conduzir à afirmação de que esta etapa de análise, apoiando-se nos dados decorrentes da AED positiva, teria por escopo propor mudanças no sistema jurídico com a finalidade de melhorá-lo, por instituir a busca da eficiência como objetivo social. Contudo, não apenas inexiste consenso sobre o conceito de eficiência (perspectiva conceitual), como existe dúvida se seria a eficiência um objetivo social legítimo a ser perseguido quando confrontado com outros, como a equidade<sup>39</sup> e a segurança jurídica (perspectiva normativo-ética)<sup>40</sup>.

DWORKIN, ao expor sua crítica à teoria eficientista de POSNER, fundamenta-a nas seguintes questões: “é a riqueza um valor?” e “por que a eficiência?”<sup>41</sup>. Destas, seguiu-se um intenso debate dentro e fora da tradição juseconomista sobre a AED normativa que fixou os limites e possibilidades desse nível de análise.

A discussão sobre o tema eficiência na AED normativa teve como alvo a proposta, capitaneada por POSNER no final nos anos 1970, de utilização do critério de eficiência como a fundação ética para formulação e interpretação do direito. Segundo a teoria de justiça “eficientista”, o pressuposto para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade. Em síntese, de acordo com a teoria, regras

<sup>37</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

<sup>38</sup> GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 1, N. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 25.

<sup>39</sup> Na teoria econômica, a relação entre eficiência (propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos) e equidade (propriedade que a sociedade tem de distribuir a prosperidade econômica de maneira justa entre os membros da sociedade) é apontada como um *tradeoff*, pois quando se distribui a prosperidade econômica de forma equânime (“fatias iguais de bolo”), a prosperidade diminui (“o bolo diminui de tamanho”).

<sup>40</sup> Conforme destaca CALSAMIGLIA, “*las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se pueden plantear desde muchas perspectivas, de forma muy sencilla o muy sofisticada*”. Para o autor, “*la eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único critério de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarrara recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tener en cuenta para calificar un sistema de justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante. Un sistema institucional imprevisible e inseguro no puede ser calificado de justo. Pero un sistema muy ineficiente tampoco*”. Vide: CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 4, p. 267-288, 1987. p. 271 e 287.

<sup>41</sup> Vide: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 351-434.

jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (*i.e.* eficiência) são justas, já as regras e interpretações que não a promovam, são injustas.<sup>42</sup>

Para a compreensão da importância que essa discussão teve para os contornos da AED normativa, deve-se apresentar inicialmente as diferentes acepções do termo “eficiência”.

A eficiência pode ser compreendida como otimalidade (ótimo de Pareto e ótimo de Kaldor-Hicks) ou eficiência de custos. No primeiro caso está relacionada à utilidade agregada que se obtém com determinada política (seja quando existem ganhadores sem perdedores, seja quando existem ganhadores que podem recompensar os perdedores, por mais que não o façam), isto é, com o incremento de bem-estar ou de riqueza. No segundo caso, está relacionada aos meios para se atingir os objetivos pré-determinados.

Uma alocação é ótima no sentido de Pareto quando não há nenhuma possibilidade de melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem que com isso a posição de outro seja piorada<sup>43</sup>. Trata-se, nesse sentido, de um critério impraticável, tendo em vista que privilégios não poderiam ser alterados, uma vez que acarretariam inevitavelmente uma situação pior para seus detentores que jamais consentiriam na mudança. Portanto, além de não se tratar de um critério socialmente benéfico, o ótimo de Pareto está condicionado por um fator inalcançável, qual seja, a unanimidade<sup>44</sup>.

Na eficiência de Kaldor-Hicks<sup>45</sup>, diz-se que há uma situação ótima quando, hipoteticamente, os ganhadores puderem compensar os perdedores. Em outras palavras,

---

<sup>42</sup> No final dos anos 1970, POSNER propôs que o critério da eficiência fosse o padrão de aferimento para a formulação e interpretação do direito. A partir de meados da década de 1970, pôs-se a trilhar a formulação de uma síntese normativa entre justiça e eficiência. Neste período, destacam-se as obras *Economic Analysis of Law* (1972), a obra *Antitrust Law: Na Economic Perspective* (1976), que marcam o início da transição para a adoção da teoria da *maximização da riqueza* e o livro *The Economics of Justice* (1981), no qual POSNER lança sua teoria de justiça efficientista. Na obra *Wealth Maximization Revisited* (Maximização da Riqueza Revisitada), o jurista inicia seu processo de reconsideração. Em 1990, com a publicação de *The Problems of Jurisprudence* (Problemas de Filosofia de Direito), POSNER definitivamente abandona a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A respeito da trajetória do pensamento de POSNER, vide SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 435, 2012.

<sup>43</sup> PARETO, Vilfredo. **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Pareto.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

<sup>44</sup> CALSAMIGLIA destaca que o critério de Pareto é objeto de muitas críticas por três razões fundamentais: “*En primer lugar porque se concede a cada uno de los individuos de la sociedad el derecho de veto a cualquier medida o decisión social [...]. En segundo lugar porque no se pone en cuestión el punto de partida y por tanto se conserva el statu quo. Em tercer lugar porque es escasamente sensible a los problemas de justicia distributiva. Una sociedad ideal que asignara todos los recursos a X y ninguno a Y es tan óptimo de Pareto como otra sociedad en la cual a cada uno se le asignara el 50 por ciento*” (CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y derecho*. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 4, p. 267-288, 1987, p. 273). Vide também: POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 105-106.

<sup>45</sup> O critério foi apresentado em 1939 pelos economistas Nicholas KALDOR e John HICKS.

mudanças poderiam ser feitas ainda que existissem perdedores, desde que houvesse possibilidade de compensação. Esta exigência de compensação, embora separe o problema do incremento da riqueza (na Economia: “tamanho do bolo”), do problema da distribuição (“fatias do bolo”) não só não é convincente, como também supérflua. Como adverte SEN,<sup>46</sup> não é convincente porque considera a mera *possibilidade* de compensação dos perdedores como aceitável para estabelecer uma melhora social, ainda que essa compensação hipotética não se realize de fato. É, ainda, supérflua porque, se os perdedores forem efetivamente compensados, o resultado geral – após a compensação – será uma melhora paretiana, motivo pelo qual não haveria necessidade de acrescentar ao ótimo de Pareto o teste de compensação.

Por fim, na perspectiva da eficiência instrumental, diz-se que a atuação é eficiente quando com os meios disponíveis se satisfaz a maior quantidade de fins (maximização dos fins) ou, quando com os meios disponíveis se obtém um fim com o menor custo possível (minimização dos meios)<sup>47</sup>. A eficiência em sentido instrumental busca o melhor caminho para a obtenção daquilo que se considera valioso, o que significa dizer que, assumindo o fato de que alguns bens são desejáveis em detrimento de outros, a AED se incumbirá de desvendar e apontar os melhores meios para atingi-los. Neste sentido, a eficiência tem caráter técnico e não ético.

Na tentativa de conferir à sua teoria efficientista uma base ético-normativa e não meramente instrumental, POSNER adotou o critério de Kaldor-Hicks<sup>48</sup> e buscou conciliar seu propósito – de maximização da riqueza – com o fundamento operacional do critério de Pareto – o consentimento – por meio da ideia de compensação *ex ante*. Para ele, “a pessoa que compra um bilhete de loteria e não ganha o prêmio ‘consentiu’ com a perda, desde que a questão não envolva fraude ou coação”<sup>49</sup>. Isto é, a perda sofrida por um indivíduo (que impossibilita a aplicação do critério de Pareto, mas é aceita pelo critério de Kaldor-Hicks) é o resultado de uma

---

<sup>46</sup> SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. trad. Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49, nota 4.

<sup>47</sup> Trata-se uma eficiência que busca otimizar a relação entre *output* e *input*.

<sup>48</sup> Pois, como destaca o autor, contrariando a tradicional utilização do termo eficiência em Economia como ótimo de Pareto, “pode-se defender o uso da palavra ‘eficiência’, no sentido de Kaldor-Hicks, como uma simples conveniência analítica que torna possível discutir separadamente as questões de alocação e as de distribuição”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 110.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 111-112. Para POSNER, o princípio da utilidade tal como sustentado por BENTHAM (vide capítulo 3) – que julga o valor moral de uma ação ou de uma lei por seus efeitos na promoção da felicidade do maior número de membros de uma comunidade – remeteria a uma concepção hedonista, psicológica, medida em termos de prazer e dor, que enfrentaria o problema clássico relativo à comparações interpessoais de utilidade. O critério de “maximização da riqueza”, afastaria essa incomensurabilidade da utilidade posto que a justiça ou moralidade das instituições sociais e jurídicas se daria pela sua capacidade de aumentar a riqueza da sociedade medida em termos monetários. Cf. PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 56.

aposta voluntária (consentimento indispensável para o critério de Pareto) plenamente compensada no momento da compra do bilhete de loteria (compensação *ex ante* que afasta a crítica da falta de compensação do critério de Kaldor-Hicks).

A tentativa de POSNER de diferenciar sua proposta do utilitarismo<sup>50</sup>, ao empregar a maximização da riqueza como único valor a ser considerado, foi extremamente criticada<sup>51</sup>. A impossibilidade de responder a muitas destas críticas fez com que o jurista reformulasse sua tese e passasse a adotar uma perspectiva pragmática, rejeitando a ideia de que o Direito estivesse fundado em princípios permanentes e que fosse colocado em prática por meio de sua manipulação lógica, e postulando que as ações humanas fossem apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências<sup>52</sup>.

Verifica-se que muitas vezes a AED como um todo é associada à teoria já reformulada de POSNER, o que faz com que seja prontamente rejeitada<sup>53</sup>. Desprezam-se as contribuições, por exemplo, de CALABRESI (Escola de New Haven) que vislumbrando o Direito como uma fonte de regulação das atividades e concretização das políticas, não teve por pretensão igualar a justiça à eficiência, senão integrar novas metodologias ao estudo das instituições jurídico-políticas para que o Direito pudesse responder de modo mais eficiente às necessidades da sociedade<sup>54</sup>. A eficiência, nesse sentido, seria um dos componentes da justiça<sup>55</sup>, o que permitiria incorporar na análise das consequências da legislação critérios adicionais como a satisfação dos direitos fundamentais e a justiça distributiva.

---

<sup>50</sup> Vide nota 64.

<sup>51</sup> SALAMA destaca as seguintes críticas: “(a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e, portanto, não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito); (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador; e (d) a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova o bem-estar de todo o organismo, com o que teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis (afinal, a escravidão, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade)”. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>53</sup> Note-se, por exemplo, que o livro *The Economics of Justice*, publicado em 1981, no qual POSNER lança sua teoria de justiça, foi traduzido para o português tão somente em 2010, ou seja, vinte anos após a reformulação do pensamento pelo próprio autor. Cf. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>54</sup> SALAMA, op. cit., p. 45.

<sup>55</sup> Neste sentido vide: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y derecho*. **Doxa: Cuadernos de filosofia del derecho**, n. 4, p. 267-288, 1987.

Portanto, não apenas existem distinções entre a AED positiva e AED normativa, como nesta última, existem dois tipos de análise<sup>56</sup>: a normativa-ética, que estabelece uma prescrição orientada a um objetivo de caráter ético, ocupando-se, portanto de temas morais e da determinação daquilo que é justo; e a normativa-técnica ou instrumental, que estabelece padrões de comportamento (meios) indispensáveis para o alcance de fins pré-estabelecidos. Essas distinções são de fundamental importância, não apenas porque muitas das críticas dirigidas à AED normativa não se aplicam a AED positiva, mas porque tornam evidente as limitações da AED normativa.

Conforme destaca GICO JR:

quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise normativa (e. g. afirmar que uma política X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista **se, e somente se**, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). [...]

Agora, se o que se busca é aconselhamento não apenas em relação ao meio de se alcançar certa política pública, mas também qual objetivo buscar, então, a análise juseconômica não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações<sup>57</sup>.

Portanto, a eficiência continua sendo uma das preocupações da AED normativa, contudo, no sentido instrumental<sup>58</sup>, não mais como um valor a ser perseguido, senão como um parâmetro a ser observado no momento da escolha das medidas a serem adotadas na perseguição de outros valores (análise normativa-técnica). Isso não afasta, porém, problemas teóricos na esfera da Filosofia, pois é evidente que métodos mais eficientes serão socialmente desejáveis apenas quando não comprometam outros valores. Por isso, ORTIZ DE URBINA GIMENO, adverte que *“las conclusiones alcanzadas por médio de análisis normativo-técnico no pueden ser diretamente consideradas propuestas de política pública; para ello deben ser*

---

<sup>56</sup> Conforme destaca GIMENO, *“el AED normativo puede dividirse en dos clases: ético y técnico. El AED normativo-ético se ocupa de temas morales, de la determinación de aquello que es justo, mientras que el AED normativo-técnico parte de que ya se ha determinado qué es lo que se considera justo o, en términos más amplios, qué es lo que se quiere, y establece las pautas de conducta que permiten operar de un modo racionalmente instrumental en su consecución.”*. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *El análisis económico del derecho: ¿Método útil, o ideología nefasta?* In: COURTIS, Christian. **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 324.

<sup>57</sup> GICO JR, Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 20, grifo do autor.

<sup>58</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 330.

*admisibles desde el punto de vista ético*”<sup>59</sup>. Não por outro motivo, SALAMA conclui que “é na seara do Direito e Economia Normativo que surgem as questões filosóficas mais instigantes”<sup>60</sup>.

O desafio consiste em enriquecer o estudo jurídico por meio de um método que, preocupado com as consequências práticas e com a eficiência na busca dos valores democráticos e fins estabelecidos na Constituição<sup>61</sup>, ilumine problemas não solucionados pela autorreferencialidade do Direito sem superestimar suas potenciais contribuições, nem subestimar seus limites<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 63.

<sup>60</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

<sup>61</sup> Note-se que, segundo a Constituição brasileira, a eficiência é um princípio que deve orientar a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37), embora não seja um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).

<sup>62</sup> SALAMA, op. cit., p. 47.

### 3 DA ORIGEM À RETOMADA DO ENFOQUE ECONÔMICO NO DIREITO PENAL

Teorias sobre o comportamento criminoso a partir do enfoque<sup>63</sup> da escolha racional, análises das consequências provocadas pelas normas sobre o comportamento humano<sup>64</sup>, bem como formulações de políticas ótimas para a prevenção e repressão dos delitos, podem ser encontradas nos estudos de BECCARIA e BENTHAM<sup>65</sup>, embora não de forma sistematizada<sup>66</sup>.

Apesar destes autores não serem apontados como precursores do moderno movimento da Análise Econômica do Direito – que teve sua origem nos Estados Unidos da América –, por não ser possível estabelecer uma relação de causalidade entre os estudos desenvolvidos por eles em meados do século XVIII e as teorias desenvolvidas em meados do século XX, reconhece-se a inspiração<sup>67</sup> de seus escritos tanto na Economia como no Direito, especialmente no Direito

---

<sup>63</sup> Sob um mesmo enfoque podem conviver diferentes teorias que se desenvolvem com particularidades. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 36.

<sup>64</sup> O estudo das teorias morais não consiste em um dos objetivos do presente trabalho. Contudo, cumpre destacar que o utilitarismo de BECCARIA e de BENTHAM, bem como o efficientismo de POSNER são espécies de teorias consequencialistas, isto é, teorias nas quais a moralidade é determinada em função das consequências dos atos. No pressuposto utilitarista de BECCARIA e BENTHAM, a lei deveria ser tal que orientasse as ações da sociedade de modo a obter a “máxima felicidade pelo maior número”, consequentemente, a medida da justiça estaria na felicidade. POSNER, por sua vez, rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pela maximização da riqueza (i.e. eficiência). Em virtude disso, diz-se que o efficientismo de POSNER é consequencialista, mas não-utilitarista. O contraponto às teorias consequencialistas pode ser encontrado nas teorias deontológicas, cujo maior representante é KANT. Estas teorias vislumbram a justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências, de modo que, algumas delas seriam absolutamente e intrinsecamente erradas, independentemente do bem que pudessem fazer ao indivíduo ou à sociedade em geral. Vide uma aproximação das teorias morais às questões jurídicas, políticas e sociais hodiernas em SANDEL, Michel J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>65</sup> EIDE, Erling. Economics of criminal behavior. **Encyclopedia of law and economics**, v. 5, p. 345-389, 2000. Disponível em: <<https://goo.gl/AVx63r>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p. 346.

<sup>66</sup> MACKAAY, Ejan. History of law and economics. **Encyclopedia of law and economics**, v. 1, p. 65-117, 2000, Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/history.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016, p. 68. Contrariamente à opinião de MACKAAY, ORTIZ DE URBINA GIMENO entende que “*sin embargo, hay acuerdo en que el primer uso sistemático de este tipo de análisis se debe a Beccaria y Bentham, que lo utilizaron para criticar los sistemas penales de su época*”. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 49.

<sup>67</sup> POSNER destaca que a “influência” pode significar *inspiração*, quando uma ideia sustentada por uma pessoa é tomada e utilizada por outra, ou *causa*, que se refere à situação na qual uma ideia jamais poderia ser desenvolvida por uma pessoa se outra já não a tivesse sustentado anteriormente. Consideradas estas distinções, afirma que “*sería extremadamente difícil establecer una relación causal entre Bentham y un evento - el nacimiento del movimiento del análisis económico del derecho – que ocurrió casi un siglo y medio después de su muerte. Pero pienso que sí puede demostrarse que fue uno de sus inspiradores*”. Na sequência, assevera que BENTHAM foi um famoso economista e que o caráter econômico de sua análise sobre o crime e a pena é inequívoco. Contudo, não existira economista anterior a ele que tivesse desenvolvido uma teoria econômica sobre o crime e sobre o controle do crime. Referindo-se a BECCARIA, destaca que o marquês milanês teria analisado o crime em termos utilitários, mas de maneira muito menos sistemática que BENTHAM. Cf. POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 38, 49-50.

Penal<sup>68</sup>, motivo pelo qual, uma breve explanação sobre suas principais obras pode ser de extrema relevância para a compreensão da evolução do pensamento que fora interrompido durante o final do século XIX e início do século XX<sup>69</sup>.

BECCARIA foi autor de uma das mais importantes obras sobre o sistema penal e administração da justiça, a saber, “*Dos delitos e das penas*”, publicada pela primeira vez anonimamente em Milão, no ano de 1764<sup>70</sup>. Sem formação jurídica, mas profundamente influenciado pelo contratualismo, pelo utilitarismo e pelos ideais da ilustração, por meio da observação do sistema penal vigente à sua época<sup>71</sup>, examinou e combateu a crueldade e a desproporcionalidade das penas, bem como a irregularidade dos processos criminais que eram regidos pelas particularidades de cada caso, pelas características do ofensor e do ofendido e pelas vontades súbitas, inconstantes e sem qualquer fundamento justificado daqueles que detinham o poder. Na obra em questão, não apenas analisou as leis vigentes<sup>72</sup> (análise descritiva), mas propôs reformas para o sistema legal em matéria penal e processual penal

---

<sup>68</sup> OLSON entende que BECCARIA e BENTHAM possuem conexão com as propostas de análise econômica do Direito Penal. Contudo, desta o autor “é mais provável que o sejam, não por serem referências específicas desse ramo de análise, mas porque, de fato, estão ligadas às raízes do Direito Penal moderno, inclusive no que se refere à utilização da lei como incentivo para as ações humanas”. Cf. OLSSON, Gustavo André. **Análise Econômica do Direito Penal e Teoria Sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 59. Contrariamente, BERMEJO sustenta que BECCARIA e BENTHAM foram fonte de inspiração para o renascer deste enfoque a partir dos anos 60 do século XX e exerceram uma influência direta para o surgimento da Análise Econômica do Direito, com sua consequente aplicação no Direito Penal e Processual Penal. Cf. BERMEJO, Mateo. De los juramentos. Interrogaciones sugestivas y deposiciones. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 173.

<sup>69</sup> Vide nota 151.

<sup>70</sup> A obra teve rápida difusão, tendo sido traduzida para distintos idiomas. O presente estudo vale-se de uma versão italiana (**Dei Delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1988), da tradução espanhola de LAS CASAS de 1774, a partir da qual foram desenvolvidos os estudos que compõem a obra em homenagem aos 250 anos de *Dei delitti e delle pene* (MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011) e da tradução portuguesa de GUIMARÃES (**Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998). Para facilitar a consulta pelo leitor, as notas remetem à tradução portuguesa. Optou-se pelas traduções feitas a partir da obra original em detrimento daquelas que se utilizaram da versão francesa de MORELLET, de 1776, em virtude das mudanças significativas de frases e capítulos promovidas pelo abade. Para a compreensão das alterações, vide BABINI, Maurizio. Traduttori traditori: a tradução em francês de Dos delitos e das penas de Cesare Beccaria. **Cadernos de Tradução**, Florianópolis, v. 2, n. 20, p. 125-139, abr. 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/EaGljQ>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

<sup>71</sup> Interessante observação é feita por JEMOLO: “*Dei delitti e delle pene non è l'opera di un giurista, bensì quella di un osservatore acuto, di un uomo che aborre il sangue e la violenza, che tutto guarda sotto l'angolo visuale del bene collettivo, della difesa della società*” (Cf. JEMOLO, Arturo Carlo. Introduzione. In: BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1988, p. 7).

<sup>72</sup> Conforme destaca BECCARIA na nota intitulada “Ao leitor” incluída na obra a partir da segunda edição: “alguns fragmentos das leis de um velho povo conquistador, mandadas compilar por um príncipe que há doze séculos atrás reinava em Constantinopla, mescladas depois com os costumes lombardos e envoltas em confusos volumes de privados e obscuros comentadores, constituem aquela tradição de opiniões que em uma grande parte da Europa têm ainda assim o nome de leis. [...] Tais leis – excremento dos mais bárbaros séculos – são examinadas neste livro na parte que respeita ao sistema criminal”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 57.

(análise prescritiva)<sup>73</sup>. Insurgiu-se contra as leis que não passavam de instrumentos das paixões de uma minoria, nascidas de uma fortuita e passageira necessidade e que se afastavam do princípio pelo qual, em seu entendimento, deveriam ser regidas: “a máxima felicidade repartida pelo maior número”<sup>74</sup>. Preocupou-se com a legitimidade do poder de punir, com a finalidade, proporcionalidade e adequação das penas, com a utilidade, eficácia e eficiência das mesmas e com a necessidade de prevenção dos delitos por outros meios. Influenciado por sua dedicação à Economia<sup>75</sup> e pelo racionalismo do século XVII<sup>76</sup>, analisou os incentivos gerados pelas distintas propriedades da punição sobre o comportamento dos indivíduos, embora sem a pretensão de se aproximar, no desempenho desta tarefa, da precisão geométrica<sup>77</sup>.

A racionalidade, neste sentido, desempenhou um papel fundamental na estruturação de seu pensamento. Fundamentou o direito de punir do Estado na necessidade de defesa do acordo

---

<sup>73</sup> Neste sentido, vide HART, Herbert L. A. Bentham and Beccaria. In: \_\_\_\_\_. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. OUP Oxford, 1982, p. 40; BERMEJO, Mateo. De los juramentos. Interrogaciones sugestivas y deposiciones. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. p. 173. No mesmo sentido, destaca IGNACIO PIÑA R: “*no debe perderse de vista que el maravilloso opúsculo Del delito y de las penas no sólo tiene una exposición descriptiva, sino que adicionalmente muestra una decidida orientación provocativa. Em términos muy sencillos es una obra que quiere producir un efecto político y hasta tal punto es consciente de ello el autor de este eventual efecto, que su primera edición se publica anónima*”. Cf. IGNACIO PIÑA R, Juan. Violencias. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 209. MATUS ACUÑA destaca que além de ser apontado como o precursor da criminologia, BECCARIA fundamentou também a política criminal. Cf. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. De las ciencias. Magistrados. Recompensas. Educación. Beccaria: la invención de la política criminal y de la utopía penal. In: \_\_\_\_\_. (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 482. Para AMBOS, a obra de BECCARIA deve ser valorada como aquilo que ela é, ou seja, como um manifesto ou programa político criminal. Cf. AMBOS, Kai. Del tormento. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p.158. Igualmente, para COSTA, “o conteúdo do livro se traduz em um real e ‘atual’ programa de política criminal e daí a sua perenidade”. Cf. COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. In: **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 7.

<sup>74</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 61-62.

<sup>75</sup> Em 1762, BECCARIA publicou um livro intitulado “*Del desorden de monedas em los estados de Milán y de los medios de remediarlo*” e em 1804, dez anos após a sua morte, publicou-se a obra *Elementos de Economía Pública*, tendo sido um dos primeiros a aplicar métodos matemáticos para análise econômica. Cf. ETCHEBERRY O, Alfredo. Introducción. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 2-3.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>77</sup> Conforme se se verifica nos excertos: “a exactidão matemática deve ser substituída na aritmética política pelo cálculo das probabilidades”; “se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria haver uma escala correspondente de penas, que descesse da mais forte para a mais fraca”; “falsa ideia de utilidade é aquela que quereria para uma multidão de seres sensíveis a simetria e a ordem que suporta a matéria bruta e inanimada”; “não é possível reduzir a turbulenta actividade dos homens a uma ordem geométrica sem irregularidade e confusão”. Cf. BECCARIA, op. cit., p. 73, 74, 152, 154, respectivamente.

resultante das pequenas parcelas de liberdade que os indivíduos, movidos pelo autointeresse<sup>78</sup>, consentiram em ceder, das violações que poderiam ser empreendidas por aqueles que, sob uma perspectiva autointeressada, delas pudessem obter algum benefício individual<sup>79</sup>. As penas, nessa lógica, seriam indispensáveis para dissuadir os indivíduos do constante interesse de violação das normas acordadas e seriam os argumentos sensíveis que viriam à mente, a todo o momento, “para contrabalancear as fortes sensações das paixões individuais que se opõe ao bem universal”<sup>80</sup>. Sua necessidade estaria justificada na manutenção do vínculo social entre os homens e no bem comum, sendo estes os parâmetros, ademais, para a avaliação de sua utilidade e eficácia, pois a única medida dos delitos estaria nos danos causados à sociedade e não na intenção do delincente, na dignidade da pessoa ofendida ou na gravidade do pecado<sup>81</sup>.

A partir da premissa de que “o prazer e a dor são os motores dos seres sensíveis”, o legislador deveria atuar como um hábil arquiteto<sup>82</sup>, considerando as possíveis reações dos seres humanos frente às consequências jurídicas das normas (prêmios e castigos) e regendo-se pelo princípio da máxima felicidade dividida pelo maior número<sup>83</sup>. Neste exercício, deveriam ser escolhidas aquelas penas e aqueles métodos para impô-las que, guardada a proporção, causassem impressões mais eficazes e duráveis sobre os ânimos dos homens e menos dolorosas sobre o corpo, visto que as penas não deveriam ter por finalidade o tormento e aflição de um

---

<sup>78</sup> Extrai-se o raciocínio das seguintes passagens: “não há homem esclarecido que não ame os públicos, claros e úteis pactos de segurança comum, quando compara o pouco de inútil liberdade por ele sacrificada à soma de todas as liberdades sacrificadas pelos outros homens, que sem as leis podiam tornar-se conspiradores contra ele”; “Nenhum homem faz dádiva gratuita de parte da sua liberdade com vista ao bem público; uma tal quimera não existe senão na ficção; se fosse possível, cada um de nós quereria que os pactos que vinculem os outros não nos vinculassem”; “Foi, portanto, a necessidade que obrigou os homens a ceder parte da liberdade: é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima parte possível, aquela apenas que baste para induzir os outros a defendê-lo”; “A soma de todas estas parcelas de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir este depósito: era necessário defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, que procura sempre colher do depósito, não só a porção que lhe cabe, mas usurpar para si também a dos outros. Eram necessários argumentos sensíveis bastantes para dissuadir o espírito despótico que cada homem tem de submergir de novo no antigo caos as leis da sociedade. Estes argumentos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infractores das leis”; “Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares”. Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 156, 65, 65, 63 e 64, respectivamente.

<sup>79</sup> HORVITZ L, Maria Ines. Dulzura de las Penas. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 312-313.

<sup>80</sup> BECCARIA, op. cit., p. 63-64.

<sup>81</sup> Ibid., p. 75-76.

<sup>82</sup> Ibid., p. 73.

<sup>83</sup> Ibid., p. 62. Vide também: BERMEJO, Mateo. De los juramentos. Interrogaciones sugestivas y deposiciones. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 179-180.

ser sensível, nem a anulação de um delito já cometido, senão a de impedir que o delinquente causasse novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazerem o mesmo<sup>84</sup>.

Alicerçado na máxima de que “mais vale prevenir os delitos que puni-los”<sup>85</sup>, BECCARIA aponta propriedades desejáveis a serem observadas no momento da formulação de uma política punitiva<sup>86</sup>.

A primeira se refere à *proporcionalidade*. Sob uma perspectiva da racionalidade instrumental<sup>87</sup>, se penas iguais fossem aplicadas a crimes que prejudicassem a sociedade em graus diferentes, nada impediria o indivíduo de cometer o crime mais grave se com ele obtivesse maior vantagem<sup>88</sup>. De igual forma, não haveria margem para que o indivíduo se arrependesse e evitasse a consumação do delito<sup>89</sup>. Por estes motivos, as penas deveriam ser proporcionais entre si na força e no modo de aplicação<sup>90</sup>.

A segunda diz respeito à *proximidade*. Quanto mais próxima do delito cometido estivesse a pena, tanto mais justa e útil ela seria, “porque quanto menor é a distância do tempo que passa entre a pena e o crime, tanto mais forte e duradoura é no espírito humano a associação destas duas ideias, delito e pena”<sup>91</sup>. Sem essa desejável proximidade, o “prazer e a dor seriam

---

<sup>84</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 84-85.

<sup>85</sup> Ibid., p. 154. Cumpre destacar as observações feitas por MATUS ACUÑA, no que diz respeito à equivocada associação de BECCARIA à Escola Clássica do Direito Penal: “*en efecto, aunque los ‘clásicos’ recogieran algunos planteamientos de Beccaria que pueden verse como consecuencia de sus puntos de partida (principio de legalidad, supresión de la tortura y otros), basta asomarse al primer tomo de la monumental obra del más destacado representante de dicha Escuela Clásica del Derecho Penal, el Programa de Derecho Criminal de Francesco Carrara para percibir cómo, fustigando a ‘Rousseau y sus secuaces’, se aparta de todo examen acerca de los mecanismos que operan en la realidad y conducen a la comisión de delitos o su prevención: allí se concibe el delito únicamente como ‘un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho’, y la pena como ‘una coacción moral que, mediante la amenaza de un mal que ha de infligirse a los violadores del derecho, sirva para apartarlos de la agresión’, lo que no podría entenderse como una función de utilidad de la pena, pues la legitimación de ésta no la ve en la utilidad o prevención efectiva, sino en su adecuación a la norma absoluta derivada de las ‘deducciones lógicas de la eterna razón, por medio de la cual reveló Dios a los hombres, por admirable inspiración, todo lo que era necesario para regular aquí abajo su conducta hacia los propios semejantes’*”. Cf. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. De las ciencias. Magistrados. Recompensas. Educación. Beccaria: la invención de la política criminal y de la utopía penal. In: \_\_\_\_\_ (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 481. Sobre a Escola Clássica vide: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 747-748.

<sup>86</sup> As propriedades não são enumeradas por BECCARIA, nem aparecem estruturadas em sequência lógica. Elas estão previstas de forma explícita ou implícita ao longo do texto. No presente estudo, sem a pretensão de exauri-las, buscou-se elencar as principais para facilitar a compreensão do leitor.

<sup>87</sup> HORVITZ L, Maria Ines. Dulzura de las Penas. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 318.

<sup>88</sup> BECCARIA, op. cit., p. 75.

<sup>89</sup> Ibid., p. 146.

<sup>90</sup> Ibid., p. 129.

<sup>91</sup> Ibid., p. 102-103.

sentimentos isolados e de nenhum efeito”<sup>92</sup> e a pena causaria mais a impressão de espetáculo, do que de castigo<sup>93</sup>.

A terceira está relacionada à *intensidade*. No programa reformista beccariano, a crueldade das penas se mostra contrária à finalidade de prevenção dos delitos<sup>94</sup>, visto que conduziria os indivíduos à prática de outros crimes, tantos quanto fossem necessários para evitar a imposição da pena de um só<sup>95</sup>. Além disso, da crueldade das penas nasceriam outros dois aspectos negativos, quais sejam, a dificuldade de manutenção da proporcionalidade entre delitos e penas – pois a utilização exagerada das penas em patamar máximo de crueldade privaria o legislador de penas mais pesadas necessárias para a correspondente prevenção de delitos mais perigosos e atroz<sup>96</sup>– e a impunidade decorrente dos espetáculos demasiadamente desumanos que, para os cidadãos, não passariam de um passageiro furor<sup>97</sup>. Por essas razões, a dissuasão estaria na infalibilidade decorrente da vigilância dos magistrados e da severidade de um juiz, acompanhada de uma suave legislação<sup>98</sup>.

Destas considerações, extrai-se a quarta propriedade. A *certeza* de um castigo moderado, para BECCARIA, causaria sempre maior impressão do que o temor de outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade<sup>99</sup>. Por conseguinte, a pena eficaz no seu programa de reforma seria aquela que infligisse um mal que excedesse o bem nascido do delito, sendo neste excedente de mal calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem produzido pelo crime<sup>100</sup>. A infalibilidade corresponderia, pois, à variável responsável pela diminuição do grau de intensidade, de modo a adequar a punição aos princípios orientadores de sua política, qual sejam, de maior prevenção (efeito dissuasivo da pena) com menor aflição (efeito retributivo da pena).

Por ser o império do hábito universal sobre todo o ser sensível, as impressões deveriam ser mais frequentes do que fortes e as penas moderadas e contínuas, pois a sensibilidade humana seria “mais facilmente e mais longamente tocada por impressões mínimas mas repetidas do que por um forte mas passageiro movimento”<sup>101</sup>. A *duração*, aqui apontada como quinta

---

<sup>92</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 103.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 119.

propriedade, faria com que as ideias morais fossem gravadas nas mentes por meio de uma repercussão longa e reiterada<sup>102</sup>. Neste sentido, não seria o espetáculo da morte o freio mais forte contra os delitos, mas o longo e penoso exemplo de um homem privado de liberdade. A execução permanente de uma pena privativa de liberdade (ou de servidão perpétua), ao contrário da execução instantânea da pena de morte, teria uma eficácia dissuasiva constante, afastando a paradoxal exigência de execução reiterada da pena de morte e, portanto, da prática frequente de delitos, para que a prevenção fosse exercida por meio de exemplos<sup>103</sup>. Com essa propriedade associada às demais, procurou demonstrar que a pena de morte não seria nem útil, nem necessária, e, portanto, injusta em um governo bem organizado<sup>104</sup>.

Como sexta propriedade, pode-se apontar a *punição exemplar* de todo e qualquer delito. Para BECCARIA, a repreensão de delitos menos graves na obscuridade de prisões ou por meio de servidão a nações não ofendidas era equivocada tanto quando a punição pública de delitos mais graves. Isso porque, de modo geral, a punição pública de crimes graves – cometidos não de forma deliberada, mas em um repentino ato de paixão –, não teria efeito dissuasivo sobre os indivíduos que não fossem tendentes a praticá-los. Para que esses sujeitos não considerassem as penas como remotas e improváveis, as punições públicas deveriam ser destinadas aos delitos menos graves, pois, afinal “os homens regulam-se pela ação repetida dos males que conhecem, e não por aqueles que ignoram”<sup>105</sup>. Disso decorre que, embora ofendidos pudessem perdoar os ofensores, não poderiam libertá-los da pena, pois, nenhum cidadão poderia anular com seu perdão a necessidade do exemplo<sup>106</sup>.

Como sétima propriedade, destaca-se a *analogia* entre pena e o benefício do crime. O estreitamento da relação entre crime e pena, na proposta beccariana, não deveria ocorrer apenas por meio da proximidade, mas também da semelhança entre os institutos, de tal modo que a pena conduzisse a um fim oposto àquele para o qual o indivíduo tivera sido encaminhado pela “sedutora ideia da infração da lei”<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 119-120.

<sup>103</sup> Ibid., p. 121. Cf. MAÑALICH R, Juan Pablo. De la pena de muerte. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 325-344. Evidentemente que tal raciocínio se aplica quando a pena de prisão ou servidão é apontada como substitutivo à pena de morte. Na atualidade, a duração equivaleria a intensidade da pena, motivo pelo qual a variável precisa ser compreendida no contexto.

<sup>104</sup> BECCARIA, op. cit., p. 118.

<sup>105</sup> Ibid., p. 116.

<sup>106</sup> BECCARIA ressalta que “o direito de punir não é de um só, mas de todos os cidadãos ou do soberano. Ele não pode senão renunciar à sua porção de direito, mas sem anular a dos outros”. Ibid., p. 129.

<sup>107</sup> Ibid., p. 104.

Por fim, deve-se mencionar ainda a *clareza*, como oitava propriedade, mediante a qual, seriam reduzidas a ignorância e a incerteza das penas que servem a eloquência das paixões<sup>108</sup>. Mencionada propriedade seria convergente com a exigência imposta pelo Estado de que os cidadãos sejam conhecedores das leis.

A partir destas propriedades, BECCARIA apresenta as seguintes prescrições. Os delitos cometidos contra as pessoas deveriam ser necessariamente punidos com penas corporais, uma vez que não haveria liberdade se os indivíduos fossem tratados como coisas e, portanto, fossem passíveis de precificação<sup>109</sup>. Os furtos sem violência deveriam ser punidos com penas pecuniárias, mas, por se tratarem de delitos que decorrem da miséria e do desespero, a pena oportuna seria a de escravidão temporária, para que a sociedade fosse compensada com o trabalho do condenado<sup>110</sup>. Quando o furto fosse acompanhado da violência, por outro lado, à pena servil deveria ser acrescida a pena corporal. Os crimes contra a honra deveriam ser punidos com a infâmia, isto é, com a desaprovação pública que privaria o condenado dos votos públicos, da confiança da pátria e da fraternidade que a sociedade inspira<sup>111</sup>. O ócio, compreendido como a perturbação da tranquilidade pública e desobediência às leis, deveria ser reprimido com o banimento, embora nem sempre com o confisco<sup>112</sup>. No que diz respeito à ofensa ao soberano e à nação provocada pelo contrabando<sup>113</sup>, a pena de perda das mercadorias proibidas e dos bens que a acompanhassem, seria não apenas adequada, mas tanto mais eficaz quanto menores fossem os impostos, pois o delito nasceria da própria lei que, ao aumentá-los, faria crescer a vantagem, a tentação e a disposição dos homens em praticá-lo<sup>114</sup>.

As penas pecuniárias, nessa perspectiva, são afastadas do programa beccariano, não apenas pela sua inadequação aos crimes praticados contra o patrimônio sem violência, que em geral são cometidos por quem pouco ou nada tem, mas também porque, caso fossem adotadas, aqueles que deveriam defender a segurança pública teriam interesse em vê-la ofendida. Os juízes se converteriam em advogados do fisco. A confissão não teria por objeto a prática delitativa, mas sim uma dívida. E, conseqüentemente, o processo penal se aproximaria do contencioso civil<sup>115</sup>.

---

<sup>108</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 71 e 155.

<sup>109</sup> Ibid., p. 105.

<sup>110</sup> Ibid., p. 107.

<sup>111</sup> Ibid., p. 108.

<sup>112</sup> Ibid., p. 110-112.

<sup>113</sup> Ibid., p. 139.

<sup>114</sup> Ibid., p. 140.

<sup>115</sup> Ibid., p. 99-100.

Por fim, dentre as prescrições voltadas à prevenção criminal, destacam-se ainda as de natureza prática ou técnica<sup>116</sup>, correspondentes à atribuição da atividade legislativa aos homens esclarecidos (filósofos)<sup>117</sup>, à ampliação do número de magistrados com o intuito de que o controle fosse recíproco e a tendência natural à corrupção fosse reduzida<sup>118</sup>, à recompensa da virtude<sup>119</sup> e ao aperfeiçoamento da educação, mais seguro e mais difícil meio de prevenção aos delitos<sup>120</sup>. De certa forma, essas medidas estariam voltadas à correção das principais causas da criminalidade, a saber: a irracionalidade da legislação, a falta de clareza das leis, a corrupção da justiça e a falência e insuficiência política em matéria de educação e ciência<sup>121</sup>.

Por tais razões, KINDHÄUSER<sup>122</sup> destaca que o programa de reforma política e social de BECCARIA possuía um contorno filantrópico e não estava relacionado à teoria do delito, nem tampouco a uma investigação empírica das causas do comportamento delitivo (criminologia). Dirigia-se, antes de tudo, aos detentores do poder que a partir de uma representação abstrata do ser humano à qual seriam intrínsecas a racionalidade e a sensibilidade, deveriam formular regras ótimas para a prevenção dos delitos, orientadas pelo princípio da utilidade.

As ideias lançadas por BECCARIA foram sistematizadas por BENTHAM, em sua obra, “*Princípios da Moral e da Legislação*”, publicada em 1780, mas com inclusões na edição de 1789, na qual promoveu uma análise utilitária – essencialmente econômica – sobre crime e castigo<sup>123</sup>. Conforme destaca HART, foi no tratado “*Dos delitos e das penas*” que o jurista inglês encontrou a inspiração de como o princípio da utilidade<sup>124</sup> poderia ser empregado na

---

<sup>116</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. De las ciencias. Magistrados. Recompensas. Educación. Beccaria: la invención de la política criminal y de la utopía penal. In: \_\_\_\_\_ (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 482.

<sup>117</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 155-159.

<sup>118</sup> Ibid., p. 159.

<sup>119</sup> Ibid., p. 160.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> URS, Kindhäuser. Cómo se evitan los delitos: acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 468.

<sup>122</sup> Ibid., p. 467-468.

<sup>123</sup> POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 39.

<sup>124</sup> Segundo BENTHAM, “por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade”. Cf. BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 09.

elaboração das leis e de como poderia associar esse princípio à precisão, clareza e incontestabilidade dos cálculos matemáticos<sup>125</sup>.

De um lado, os governantes e legisladores orientados pelo utilitarismo como teoria ética<sup>126</sup>, teriam que levar em consideração, na elaboração de leis e políticas públicas, a intensidade, a duração, a certeza ou incerteza da produção, a proximidade ou longinquidade no tempo, a fecundidade<sup>127</sup>, a pureza<sup>128</sup> e a extensão (com relação ao número de pessoas afetadas) dos prazeres ou das dores<sup>129</sup> – senhores da ação humana<sup>130</sup> – por meio dos quais lograriam atingir objetivo da maximização da felicidade da maioria<sup>131</sup>. De outro, os indivíduos se comportariam de forma a maximizar sua própria utilidade, aumentando a soma total de seus prazeres ou diminuindo a soma total de suas dores, mediante uma análise de custo-benefício<sup>132</sup> (utilitarismo como descrição do comportamento humano)<sup>133</sup>. As recompensas e punições seriam os instrumentos por meio dos quais os legisladores e governantes, levando em consideração a possível atuação/resposta dos indivíduos, promoveriam a maior quantidade de prazer para a maior quantidade de pessoas. As recompensas pertenceriam a um setor da lei pouco cultivado, que BENTHAM denominou remuneratório<sup>134</sup>. As punições constituiriam objeto da lei penal, que se encarregaria em eliminar tudo aquilo que tendesse<sup>135</sup> a diminuir a felicidade, isto é, tudo aquilo que fosse pernicioso.

Nessa linha de raciocínio, a decisão de cometer um crime seria tão racional quanto a decisão de comprar ou vender um bem em mercado e o legislador, levando em consideração as

<sup>125</sup> HART, Herbert L. A. Bentham and Beccaria. In: \_\_\_\_\_. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. OUP Oxford, 1982, p. 40.

<sup>126</sup> BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 19.

<sup>127</sup> Probabilidade que o prazer ou a dor têm de serem seguidos por sensações da mesma espécie.

<sup>128</sup> Probabilidade que o prazer e a dor têm de não serem seguidos por sensações do tipo contrário.

<sup>129</sup> BENTHAM, op. cit., p. 22-24.

<sup>130</sup> Ibid., p. 9.

<sup>131</sup> No capítulo IV, BENTHAM estabelece um algoritmo para o cálculo de prazer ou de dor. Ibid., p. 22-24.

<sup>132</sup> POSNER destaca que BENTHAM proclamou a universalidade daquilo que na terminologia moderna poderia se chamar Análise Custo-Benefício, porém em um manifesto e não em um programa de investigação. Cf. POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 50-51 e 54.

<sup>133</sup> Partindo da premissa de que “*Men calculate, some with less exactness, indeed, some with more: but all men calculate. I would not say, that even a madman does not calculate*” (trecho suprimido na tradução publicada pela Editora Abril, mas disponível em BENTHAM Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 146), BENTHAM insistiu na aplicação universal dos cálculos de utilidade às decisões humanas, motivo pelo qual a ele se atribui a origem da análise econômica dos comportamentos alheios ao mercado. Cf. POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 50-51.

<sup>134</sup> BENTHAM, op. cit., p. 57.

<sup>135</sup> Segundo BENTHAM, “a tendência geral de um ato é mais pernicioso ou menos pernicioso, de acordo com a soma total das suas conseqüências, isto é, conforme a diferença entre a soma das conseqüências boas e a soma das conseqüências funestas”. Ibid., p. 25.

circunstâncias que influenciam os prazeres e as dores, deveria estabelecer um “preço” que fosse alto o suficiente para dissuadir o indivíduo de praticá-lo<sup>136</sup>.

Ocorre que a punição também consiste em um ato pernicioso. Por consequência, com base no princípio da utilidade, somente poderia ser admitida se fosse tendente a evitar um mal maior (i.e. necessária), não se justificando quando: (i) o ato, em sua globalidade, não fosse maléfico e, portanto, não houvesse prejuízo a ser evitado, hipótese na qual a punição careceria de *motivo*; (ii) não fosse apta a afastar o prejuízo, sendo, deste modo, *ineficaz*; (iii) o prejuízo da sanção fosse maior do que o prejuízo a ser evitado, tornando-se, pois, *inútil* ou *dispendiosa*; (iv) por um preço menor o prejuízo pudesse ser evitado ou cessado, situação na qual seria *superflua*<sup>137</sup>. Portanto, sendo a pena necessária, o legislador sempre que possível, deveria dissuadir a prática de qualquer ofensa ou crime ou, diante da inevitabilidade da prática, induzir à prática do crime menos lesivo e causador do menor prejuízo. Tudo isso, da maneira menos dispendiosa possível<sup>138</sup>.

Para o alcance dos objetivos acima mencionados, a proporcionalidade entre os crimes e punições deveria ser tal que, em nenhuma hipótese o valor ou a gravidade da punição fosse inferior à medida suficiente para superar o valor do benefício do crime. Como derivação lógica, a pena aumentaria à medida que aumentasse o benefício decorrente da prática delitiva<sup>139</sup>, e na proporção que diminuísse a certeza e a proximidade da punição. A punição, ademais, deveria ser estabelecida de maneira que, na concorrência de dois crimes, a pena para o mais grave fosse suficiente para induzir o indivíduo à prática do crime menos grave e, na execução de um delito em particular, a cada nova etapa fosse desestimulado a causar mais prejuízo. Por fim, em nenhum caso a punição deveria ser maior que o necessário e, sendo a necessidade da pena

---

<sup>136</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 435, 2012.

<sup>137</sup> BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 59.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>139</sup> Para BENTHAM, “Quando uma pessoa é levada a cometer um ato pernicioso — digamos, por amor à brevidade, uma ofensa ou crime —, a força da tentação depende da relação existente entre a força dos motivos sedutores de uma parte, e, por outra parte, a dos motivos preservadores ocasionais provocados pelas circunstâncias do caso. Em consequência, pode-se dizer que a tentação é forte, quando o prazer ou a vantagem a serem obtidos do crime são tais, que aos olhos do ofensor ou criminoso se apresentam grandes em comparação com o incômodo e o perigo que, a seu juízo, acompanham o ato; dir-se-á que a tentação é leve ou fraca, quando aquele prazer ou aquela vantagem são tais, que aparecem pequenos em comparação com tal incômodo ou tal perigo”; “A força da tentação, *ceteris paribus* (em igualdade de condições) é como o benefício haurido do crime: o quantum da punição deve aumentar à medida que aumenta o benefício derivante do crime: *ceteribus paribus*, deve este quantum, portanto, aumentar à proporção que aumenta a força da tentação”. *Ibid.*, p. 61 e 67.

decorrente da lesividade do crime, quanto maior fosse o prejuízo causado, tanto maior deveria ser o preço a ser pago no caminho da punição<sup>140</sup>.

Aperfeiçoando muitas das propriedades para a “medida” da punição previstas expressa ou implicitamente no tratado *Dos delitos e das Penas*, BENTHAM desenvolveu um modelo econômico detalhado, do qual fazem parte: (i) a *variabilidade*, característica segundo a qual, a punição deve ser variável em quantidade de acordo com todas as possíveis variações que podem ter lugar no lucro ou prejuízo da ofensa; (ii) a *equabilidade*, que busca por meio de considerações sobre as inúmeras circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada indivíduo, corrigir as desigualdades das punições que, apesar de variáveis, tenderiam a produzir uma dor muito intensa, muito leve ou nenhuma; (iii) a *comensurabilidade*, que visa estabelecer, diante da concorrência de dois crimes, uma punição para o crime mais grave que seja suficiente para induzir a pessoa a preferir a prática do crime menos grave; (iv) a *caracterização* que tem por objetivo tornar a punição análoga à ofensa, para que seja facilmente compreendida; (v) a *exemplaridade*, que busca elevar a magnitude aparente da punição – que realmente age sobre a mente –, por meios menos dispendiosos, como por exemplo, por solenidades distintas do castigo em si e pela semelhança entre o castigo e a ofensa, evitando, dessa forma, a elevação da magnitude real; (vi) a *frugalidade* ou *economia* que, ao contrário da exemplaridade, visa reduzir a punição real por meio da vedação à produção de mais mal do que o exigido pelas demais regras, isto é, mediante a restrição da produção de mal pelo castigo ao estritamente necessário, haja vista ser a dor da punição uma despesa arriscada em prol de um lucro antecipado correspondente à prevenção de crimes nocivos; (vii) a *subserviência à reforma* ou tendência reformadora, pela qual, a quantidade de castigo cominada deve possuir a tendência de criar no indivíduo a ele submetido, uma aversão à prática do crime que lhe deu causa; (viii) a *eficácia incapacitante*, propriedade segundo a qual a punição deve ser eficaz para reprimir o potencial lesivo<sup>141</sup>; (ix) a *subserviência à compensação*, que nos casos de compensação vingativa, estaria

---

<sup>140</sup> BENTHAM apresenta, no todo, treze normas a serem observadas pelo legislador. As seis primeiras podem ser consultadas na obra traduzida (BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 66-68), enquanto que as sete restantes se encontram na versão inglesa (BENTHAM Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 143-146). O presente estudo se limitou a apresentar em termos gerais, as normas principais.

<sup>141</sup> BENTHAM alerta para o inconveniente de que essa propriedade é, em geral, contrária à frugalidade, não havendo, na maioria dos casos, nenhuma maneira certa de incapacitar um homem de fazer o mal sem, ao mesmo tempo, incapacitá-lo. Neste sentido, a pena de morte que poderia ser apontada como o exemplo que melhor atende a propriedade da eficácia incapacitante, somente se justificaria quando o ofensor fosse capaz de manter uma nação inteira em chamas caso continuasse vivo, pois, do contrário, a propriedade da frugalidade seria um limite para a sua utilização. Trata-se da mesma hipótese apontada por BECCARIA em “*Dos delitos e das Penas*”. Contudo, enquanto BECCARIA criticou a pena de morte a partir do argumento de que os homens não

relacionada à variabilidade e nos casos de compensação lucrativa, seria uma característica peculiar do castigo pecuniário; (x) a *popularidade* ou, mais precisamente, a ausência de impopularidade, que impõe ao legislador o cuidado de não introduzir, sem uma necessidade convincente, qualquer modo de punição capaz de causar violenta aversão no povo; e, por fim, (xi) a *remissibilidade* que tem por objetivo permitir a revogação da execução e, conseqüentemente, os efeitos sobre a pessoa do condenado<sup>142</sup>.

As propriedades da comensurabilidade, caracterização, exemplaridade, subserviência à reforma e a eficácia incapacitante, aumentariam os lucros obtidos com a punição. A frugalidade, a subserviência à compensação, a popularidade e a remissibilidade, diminuiriam as despesas. Variabilidade e equabilidade seriam igualmente subservientes a ambos os propósitos<sup>143</sup>.

Por todo o exposto, verifica-se que BECCARIA e BENTHAM respaldaram suas análises positivas em uma concepção antropológica do homem como ser racional e guiado pelo autointeresse e suas análises normativas no utilitarismo<sup>144</sup>. Ambos compartilharam da convicção de que a punição, como todas as outras instituições da vida social, poderia e deveria ser submetida à crítica racional. Insistiram na inutilidade das tradicionais penas atrozadas adotadas pelo Direito Penal. Sustentaram que o castigo deveria ser apenas o suficiente para contrabalançar a vantagem que os homens esperam obter com a prática delitativa. E, desenharam o mesmo quadro convincente de que penas excessivamente severas podem aumentar a criminalidade<sup>145</sup>. Contudo, BENTHAM apresentou junto as suas críticas, planos detalhados de reforma<sup>146</sup>, a fim de demonstrar a viabilidade de suas propostas. Neste anseio, incorreu em exemplos violadores da dignidade da pessoa humana, sugerindo, dentre outras medidas, que o autor fosse infligido com o mesmo instrumento utilizado na prática do crime, ou que a punição

---

poderiam ter renunciado ao direito de viver ao aderir ao contrato social, bem como que ela seria inútil e desnecessária, BENTHAM o fez foi inteiramente em termos de utilidade. Cf. HART, Herbert L. A. Bentham and Beccaria. In: \_\_\_\_\_. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. OUP Oxford, 1982, p. 41.

<sup>142</sup> Por meio dessa propriedade BENTHAM diferencia as penas agudas, cuja execução se produz de uma só vez, independentemente de suas conseqüências serem mais ou menos permanentes para o condenado, das penas crônicas, cuja execução se estende no tempo, permitindo, dessa forma, a revogação da execução e, conseqüentemente, dos efeitos sobre a pessoa do condenado.

<sup>143</sup> BENTHAM Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000, p. 157.

<sup>144</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 49.

<sup>145</sup> HART, op. cit., p. 46.

<sup>146</sup> O que fica claro na passagem que segue as regras que deveriam orientar o legislador: “Além disso, as cinco primeiras servem para guiar o legislador, ao passo que a sexta, embora se destine também, até certo ponto, a ele, se destina sobretudo ao juiz, a fim de orientá-lo no seu esforço de agir, para os dois lados, em conformidade com as intenções do legislador”. Cf. BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 68.

poderia ser aplicada ao mesmo membro do corpo usado pelo criminoso, de modo a tornar a pena análoga ao crime praticado<sup>147</sup>.

Isso demonstra, conforme muito bem observado por HART, distintas concepções filosóficas fundamentais entre os autores. Para BECCARIA, existiam direitos naturais que estavam acima de quaisquer cálculos; a dignidade humana<sup>148</sup> estabelecia limites àquilo que poderia ser feito em termos de utilidade; e, a justiça não se reduzia ao utilitarismo<sup>149</sup>. Para BENTHAM, qualquer noção de direito natural que limitasse o alcance do direito positivo era inadmissível; a preocupação dos legisladores e governantes deveria estar voltada à felicidade da maioria e não à dignidade dos indivíduos individualmente considerados; e, a justiça não passava de um aspecto subordinado à utilidade. Suas propostas assumiram, dessa forma, uma aparência desumana, como se estivesse preocupado com animais ou máquinas de prazer e dor, manipuláveis e previsíveis<sup>150</sup>.

Embora BECCARIA e BENTHAM não sejam apontados como fundadores da moderna AED, que adquiriu contornos específicos e metodologia própria apenas dois séculos depois<sup>151</sup>,

---

<sup>147</sup> Conforme adverte HART, as analogias sombrias e as vezes grotescas foram propostas por BENTHAM à crimes que até então eram punidos com pena de morte. Daí a importância de uma análise contextual de suas prescrições. Cf. HART, Herbert L. A. Bentham and Beccaria. In: \_\_\_\_\_. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. OUP Oxford, 1982, p. 47.

<sup>148</sup> BECCARIA entendia que não há liberdade quando as leis permitem que, em alguns casos, o homem deixe de ser uma pessoa e se tornar uma coisa (Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 105). BENTHAM nunca apelou a tais considerações.

<sup>149</sup> BERMEJO, “*el autor italiano no reduce las cuestiones de justicia a las de utilidade: los derechos fundamentales parecen cumplir el papel de un marco infranqueable más allá del cual no corresponde realizar ponderaciones de costo-beneficio*”. Cf. BERMEJO, Mateo. De los juramentos. Interrogaciones sugestivas y deposiciones. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 174.

<sup>150</sup> HART, op. cit., p. 50-51.

<sup>151</sup> Esse afastamento do pensamento, por mais de duzentos anos, deve-se ao fato de que no final do século XIX e no começo do século XX, prevaleceu na academia jurídica norte-americana o pensamento jurídico clássico que se equiparou, de certa forma, ao positivismo alemão (jurisprudência dos conceitos ou *Begriffsjurisprudenz*), na medida em que o direito era compreendido como uma “ciência jurídica” e os princípios gerais deveriam ser extraídos de precedentes, identificando as características de um sistema coerente. Assim, as academias se desenvolveram de uma forma semelhante até o período entre guerras, momento em que começaram a divergir. Enquanto nos Estados Unidos o pensamento jurídico clássico foi desacreditado pelo Realismo Jurídico, na Alemanha, a Escola do Direito Livre, falhou em alcançar o mesmo intento. Com sua queda, não só por conta da equivocada interpretação de suas principais proposições, mas pela ascensão do regime nazista – que imediatamente suspendeu os acadêmicos de origem judaica de seus postos –, o legado do pensamento jurídico clássico foi retomado pela escola *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses), que se utilizou da hermenêutica para aperfeiçoá-lo e não para substituí-lo. Tanto a *Interessenjurisprudenz*, segunda subcorrente do positivismo jurídico, quando a sua sucessora *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores), fazem referência a política e a legislação como uma parte inferior à ciência jurídica e excluem critérios externos, como o da eficiência econômica. Daí porque o Direito e a Economia só foram se reaproximar mais de duzentos anos depois, nos Estados Unidos da América, por conta da forte influência exercida pelo Realismo Jurídico. Como visto nas premissas iniciais, a interdisciplinariedade, a aproximação com teorias sobre o comportamento humano de outras disciplinas e a preocupação com as consequências, são indispensáveis para o movimento da AED. Cf. GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito

não se pode negar a importância que tiveram para o desenvolvimento da matéria. Muitos dos aspectos por eles tratados influenciaram o pensamento de Gary BECKER<sup>152</sup>, um dos principais representantes da análise econômica do crime.

BECKER recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1992, por ter estendido o domínio da teoria econômica para circunstâncias da vida humana alheias ao mercado como, por exemplo, o casamento, a família, o trabalho e o crime<sup>153</sup>. O economista e professor da Universidade de Chicago<sup>154</sup> partiu da premissa de que todo comportamento humano segue um padrão que é correspondente à maximização das utilidades<sup>155</sup>, sejam elas quais forem, o que tornou possível aproximar a análise econômica de aspectos normalmente tratados por outras disciplinas das ciências sociais como a sociologia, demografia e criminologia<sup>156</sup>.

---

e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339-341, 383 e 387. Sobre as fazes da hermenêutica jurídica vide, LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 316. Sobre os tipos de positivismo e as consequentes reações vide, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>152</sup> Nas palavras de BECKER: “Para que o leitor não se assuste pela aparente novidade do estudo do comportamento ilegal a partir de uma perspectiva econômica, cabe lembrá-lo de dois importantes estudiosos da criminologia durante os séculos dezoito e dezenove, Beccaria e Bentham, os quais aplicaram explicitamente fórmulas econômicas. Infelizmente, tal abordagem perdeu o prestígio durante os últimos cem anos, e meus esforços podem ser vistos como uma ressurreição, uma modernização e, assim espero, um aprimoramento desses estudos tradicionais e pioneiros”. No original: “*Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an "economic" framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus. Unfortunately, such an approach has lost favor during the last hundred years, and my efforts can be viewed as a resurrection, modernization, and thereby I hope improvement on these much earlier pioneering studies*”. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 208. Conforme destaca POSNER “*Es cierto que Becker y sus sucesores agregaron muchas cosas más, pero el centro de la cuestión estaba claramente desarrollado en la Introduction de Bentham*”. Em outra passagem: “*reviviendo la teoría de Bentham sobre el crimen y vistiéndola con el lenguaje de la economía moderna*”. Cf. POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 49 e 54.

<sup>153</sup> No seu entendimento: “*así mismo, al igual que existe un mercado de bienes materiales, existe un mercado de matrimonios, un mercado de votos, un mercado de delitos; y de la misma forma que se predicen los resultados económicos sobre la base de ley de la oferta y la demanda, pueden predecirse los resultados de una determinada política criminal, de una política demográfica, etc.*” (BECKER, Gary. **Teoría económica**. trad. de Ana Catalina Mayoral. México: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 12).

<sup>154</sup> Conforme resume OLSSON: “as premissas básicas das análises de Becker (e da escola de Chicago como um todo) são: a) que os indivíduos são maximizadores racionais de satisfação, tanto em um âmbito de mercado, quanto em um âmbito externo ao mercado; b) indivíduos respondem a incentivos de preços em situações fora de mercado da mesma forma que em situações de mercado; c) normas jurídicas e resultados jurídicos podem ser avaliados no sentido de suas propriedades de eficiência”. Cf. OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79.

<sup>155</sup> COOTER e ULEN exemplificam: “os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante”. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

<sup>156</sup> Cf. “Gary Stanley Becker”. **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em: <<https://goo.gl/dIFr4>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

No seu artigo “*Crime and Punishment: an economic approach*”, aplicou de forma sistematizada o método econômico no estudo da criminalidade, edificou as bases para a construção da teoria da escolha racional no campo penal<sup>157</sup> (AED positiva) e apontou políticas ideais para a prevenção e repressão do crime mediante uma alocação eficiente dos recursos e realização ótima do sistema penal (AED normativo-técnico)<sup>158</sup>.

Sob a perspectiva da abordagem economista da escolha, segundo a qual os indivíduos tenderiam a praticar uma ofensa<sup>159</sup> se a utilidade dela esperada excedesse a utilidade que poderia ser obtida com o emprego do tempo e outros recursos em outras atividades<sup>160</sup>, procurou demonstrar que as pessoas não diferem entre si quando optam pela prática delitiva, por outro motivo que não seja o cálculo de custos e benefícios<sup>161</sup>.

Na análise econômica do comportamento individual constatou a existência de uma função –  $O_j(p_j, f_j, u_j)$  – que relaciona o número de infrações cometidas por qualquer pessoa ( $O_j$ ) a sua probabilidade de condenação ( $p_j$ ), a sua punição caso seja condenada ( $f_j$ ) e a outras variáveis tais como a renda disponível em atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e a disposição para a prática um ato ilegal ( $u_j$ ). Em termos gerais, o indivíduo seria influenciado pela *probabilidade* de condenação ( $p$ ) e pelo valor da *punição* ( $f$ ), de modo que um aumento em uma variável ou em outra, poderia diminuir a *utilidade* esperada do crime, pelo acréscimo da probabilidade de “pagar” o preço ( $p$ ) ou pelo incremento do “preço” em si ( $f$ )<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 50.

<sup>158</sup> Conforme destaca em suas conclusões, seu ensaio concentrou-se exclusivamente da determinação de políticas ideais para combater o comportamento ilegal e prestou pouca atenção às políticas reais. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 208-209.

<sup>159</sup> Embora a palavra "crime" tenha sido usada no título, a análise pretendeu ser suficientemente genérica para cobrir todas as ofensas, não apenas crimes. Cf. *Ibid.*, p. 170.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>161</sup> Segundo BECKER, “algumas pessoas tornam-se ‘criminosas’, portanto, não porque sua motivação básica difere da de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem”. Com isso o autor pretendia afastar qualquer contribuição do estudo da criminologia na análise do comportamento criminoso. Com efeito, assevera: “uma teoria útil do comportamento criminoso pode dispensar teorias mais especiais de anomia, inadequações psicológicas ou de herança de características especiais e simplesmente estender a análise usual dos economistas sobre escolha”. Em outra passagem, novamente afirma: “o comportamento criminoso se torna parte de uma teoria muito mais geral e que não requer conceitos ad hoc de associação diferencial, anomia, e similares, e nem assume o conhecimento perfeito, cálculos na velocidade da luz ou uma das outras caricaturas da teoria econômica”. Cf. *Ibid.*, p. 175, 169 e 176, respectivamente. Tradução nossa.

<sup>162</sup> De acordo com conhecida lei da demanda (oferta e procura), consoante Pedro MERCADO PACHECO: “considerando que la pena es el precio social del delito, un incremento en la pena tendrá como consecuencia un incremento del precio del delito (sea em términos de un aumento de la severidade de la pena o de la probabilidad de que ésta sea impuesta) y, de acuerdo con la ley de la demanda, es posible predecir que el número de delitos cometidos se reducirá: el potencial delincente, en tanto que individuo racional maximizador de su bienestar, elegirá un curso de acción alternativo, en este caso una acción lícita, para realizar su interés”. Cf. PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 41-42.

Situação distinta poderia ocorrer, entretanto, na hipótese de um aumento da probabilidade de condenação ( $p$ ) *compensado* por uma redução percentual igual no valor da punição ( $f$ ). Neste caso, o *rendimento* potencial do crime permaneceria o mesmo<sup>163</sup>, mas a *utilidade* esperada poderia ser alterada pela influência do *risco*.

Isso acontece porque a decisão pela prática de um delito ocorre em uma situação de *incerteza* – uma vez que a condenação é condição indispensável para a aplicação da pena<sup>164</sup> –, sendo profundamente influenciada, portanto, pela renda de que dispõe o indivíduo e pela sua atitude frente ao risco<sup>165</sup>: (i) se o indivíduo tem preferência ao risco, isto é, se ele “prefere uma perspectiva incerta de renda a uma perspectiva certa de um valor monetário esperado igual”<sup>166</sup>, um aumento em  $p$  reduz a utilidade esperada, mais do que um aumento em  $f$ ; (ii) se o indivíduo tem aversão ao risco, ou seja, “se ele considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de um valor monetário esperado igual”<sup>167</sup>, um aumento em  $f$  tem maior efeito do que o aumento em  $p$ ; e, (iii) se o indivíduo é neutro em relação ao risco, mantendo-se “indiferente entre uma perspectiva certa de renda e uma perspectiva incerta de um mesmo valor monetário esperado”<sup>168</sup>, as alterações em  $p$  ou  $f$  surtem o mesmo efeito<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> O rendimento esperado de um crime depende dos custos e dos benefícios dele decorrentes. No que diz respeito ao custo, o valor esperado está em função da probabilidade de imposição da pena ( $p$ ) e do valor da pena ( $f$ ). Por exemplo: se a probabilidade de imposição de uma pena de multa de R\$ 1.000,00 é de 1%, tem-se que a pena esperada é de R\$ 1.000,00; se a probabilidade de imposição de uma pena de multa de R\$ 2.000,00 é de 0,5%, tem-se a mesma pena esperada de R\$ 1.000,00.

<sup>164</sup> Se condenado, ele paga  $f$  por ofensa condenada, enquanto que de outra forma não. Cf. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 177.

<sup>165</sup> Em situações de incerteza as pessoas tomam decisões que não tentam maximizar o valor monetário esperado, e sim a utilidade esperada – medida subjetiva de bem-estar ou satisfação de uma pessoa. A utilidade, por sua vez, é uma função da renda pecuniária –  $U=U(R)$  – do que se extrai que, à medida que a renda aumenta a utilidade também aumenta, mas a uma taxa menor. Por exemplo: se o nível de renda de determinado indivíduo é de R\$ 1.000,00, uma renda adicional de R\$ 100,00 vai acrescentar mais à sua utilidade total do que os R\$ 100,00 acrescentados a uma renda de R\$ 40.000,00. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 66-68. Vide também a adaptação elaborada por: RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 77-78.

<sup>166</sup> COOTER; ULEN, op. cit., p. 68.

<sup>167</sup> Ibid., p. 67.

<sup>168</sup> Ibid.

<sup>169</sup> Para exemplificar, levando em consideração que o valor esperado da pena é de 1 ano: (i) se o indivíduo é propenso ao risco, ele será mais dissuadido por uma pena de 2 anos com 50% de probabilidade de condenação; (ii) se o indivíduo é avesso ao risco, será mais dissuadido por uma pena de 5 anos com 20% de probabilidade de imposição; por fim, (iii) se o indivíduo é neutro ao risco, será indiferente diante de uma pena de 2 anos com 50% de probabilidade de condenação ou uma pena de 5 anos com 20% de probabilidade de imposição. Cf. BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**: una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/7318>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 55-56.

Essa combinação específica de risco e retorno reflete as preferências pessoais<sup>170</sup>, de forma que a aversão ou não ao risco difere significativamente entre os indivíduos em virtude de fatores como inteligência, idade, escolaridade, riqueza, educação familiar, etc. BECKER, entretanto, considerou apenas os valores médios<sup>171</sup>, adotando uma função mercadológica para a oferta de ofensas –  $O = O(p, f, u)$  – em detrimento da somatória de todas as ofensas decorrentes das funções individuais –  $O_j = O_j(p_j, f_j, u_j)$ .

A função mercadológica mantém, contudo, as mesmas propriedades das funções individuais<sup>172</sup>. Em virtude do fato de os infratores, em geral, serem propensos ao risco<sup>173</sup>, está negativamente relacionada com a probabilidade de punição ( $p$ ) e com a quantidade de punição ( $f$ ), sendo mais sensível à mudança de  $p$  do que de  $f$ <sup>174</sup>. Isso não significa, entretanto, que mudanças no componente  $u$  não provoquem alterações na oferta de crimes. O aumento no rendimento disponível nas atividades legais ou o aumento da observância da lei devido à educação, segundo o economista, também reduziriam o incentivo para a prática delitiva e, conseqüentemente, o número de delitos<sup>175</sup>.

Ocorre que políticas públicas não podem ser conduzidas por “*frases cativantes*”<sup>176</sup>, mas devem dar o devido peso aos danos causados pelos crimes, aos custos de apreensão e condenação dos infratores e aos custos sociais das punições. Diante da impossibilidade de eliminação completa da criminalidade – já que apesar de recursos públicos e privados serem

<sup>170</sup> MANKIWI, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 552 e ss.

<sup>171</sup> Para ORTIZ DE URBINA GIMENO, BECKER tentou desenvolver um modelo que prescinde das preferências na tentativa de afastar quaisquer contribuições da criminologia. Contudo, tal pretensão se mostra equivocada. Isso porque embora a Análise Econômica considere as preferências dos sujeitos como algo dado, deixando para as demais disciplinas o estudo do seu conteúdo e origem, não se pode falar que uma teoria econômica do comportamento independente dessas contribuições, mas tão somente que existe uma divisão de tarefas. Não há como se rejeitar as contribuições teóricas e empíricas da criminologia no campo da delinquência, tendo em vista que os tipos delitivos se referem a distintas condutas humanas, com diferentes custos e benefícios. Falar que em todas elas os indivíduos atuam de determinado modo porque o fazem maximizando sua utilidade é dizer muito pouco. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 51-55.

<sup>172</sup>  $O$  representa o número de delitos cometidos durante um determinado período,  $p$  a probabilidade de condenação por cada delito,  $f$  o valor da punição caso haja condenação e  $u$ , é a variável *portmanteau* que agrega outras influências.

<sup>173</sup> BECKER destaca que o rendimento real dos delinquentes é, na margem, mais baixo do que os rendimentos que poderiam obter com a prática de atividades legais, caso fossem avessos ao risco. Se o crime “compensa” para os delinquentes, é porque eles têm uma atitude de propensão ao risco que não está diretamente relacionada à eficiência da polícia ou ao montante gasto com o combate ao crime. Por este motivo, a política pública racional deve, por meio da seleção de  $p$  e  $f$  em regiões onde o risco é preferido, assegurar que o “crime não compensa”. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 179.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 181.

destinados à prevenção dos delitos e repressão dos infratores, a obediência à lei continua sendo incerta –, BECKER destaca a importância de se encontrar um nível “ótimo” de crime que, em outros termos, consiste na determinação de quantos crimes devem ser permitidos e quantos criminosos devem ficar impunes<sup>177</sup>.

Neste sentido, além dos objetivos de retribuição, dissuasão, segurança, reabilitação e compensação, propostos ao longo da História, caberia, de acordo com a preocupação de alocação ótima dos recursos da moderna Economia de Bem-Estar, minimizar a perda social provocada pelas ofensas ( $L$ )<sup>178</sup>. Essa perda social estaria em função do custo líquido ou dano causado pela atividade delitiva ( $D$ )<sup>179</sup>; do custo de combate às ofensas ( $C$ )<sup>180</sup>; do custo das punições ( $bf$ )<sup>181</sup> – que é diferente para cada tipo de pena – e, evidentemente, da quantidade de crimes ( $O$ ). A função representada por  $L(D, C, bf, O)$  equivale, em outros termos, a expressão  $L = D(O) + C(p, O) + bpfO$ . Os danos ( $D$ ) provocados pelos delitos fogem do controle social, motivo pelo qual, as políticas públicas deverão levar em consideração as variáveis correspondentes aos custos de combate ( $C$ ) – que está relacionado à probabilidade ( $p$ ) –, à quantidade de punição ( $f$ ) e ao tipo de sanção ( $b$ ).

Para *dissuadir* os indivíduos, a política racional deve *assegurar* que o crime “não compensa” por meio de escolhas em  $p$  e  $f$ , sem perder de vista que a *perda social por ofensas* pode ser elevada por um aumento na probabilidade de condenação ( $p$ ), dado o seu efeito sobre o custo de combate ( $C$ ), assim como por um aumento na punição ( $f$ ), em virtude do reflexo sobre o custo das punições ( $bpfO$ ).

---

<sup>177</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 169-170. De uma perspectiva econômica, a lei penal *não pode* operar em sua máxima capacidade porque inexistem recursos disponíveis para que todas as possíveis ofensas sejam evitadas/reprimidas e *nem deve*, já que os elevados custos superariam os benefícios. Trata-se de uma abordagem que se contrapõe a ideia retribucionista. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 468-469.

<sup>178</sup> BECKER, op. cit., p. 208.

<sup>179</sup> O custo líquido ou dano causado pela atividade delitiva ( $D$ ) corresponde à diferença entre o dano provocado à sociedade ( $H$ ) e o o o ganho obtido pelo infrator ( $G$ ) e tende a aumentar com o crescimento do nível da atividade criminosa, do que se extrai a seguinte função:  $D(O) = H(O) - G(O)$ . Cf. *Ibid.*, p. 173. Por exemplo, “se um ladrão destrói a janela de um carro e rouba o rádio do veículo, com os valores respectivos de \$ 100 e \$ 75, o criminoso ganha \$75 e a vítima perde \$175, com custo social líquido de \$100. O prejuízo líquido é igual ao valor destruído, não ao valor redistribuído”. Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p. 488.

<sup>180</sup> O custo de combate às ofensas ( $C$ ) é composto das despesas com recursos humanos, materiais e equipamentos especializados indispensáveis para a apreensão e condenação dos infratores. BECKER, op. cit., p. 174.

<sup>181</sup> O custo social da punição ( $f$ ) é determinado por um coeficiente ( $b$ ) que varia de acordo com os tipos de punições (prisão, multa, liberdade condicional, prestação de serviços, etc.). Além disso, as penas não afetam apenas os infratores, mas também outros membros da sociedade. Neste sentido, o termo  $bpfO$  representa a perda total das punições, sendo que  $bf$  representa a perda por ofensa punida e  $pO$  o número de delitos punidos. Cf. *Ibid.*, p. 179-181.

Levando em consideração, novamente, a atitude dos potenciais infratores frente ao risco, tem-se que, na hipótese de *neutralidade* ou *aversão*, uma redução de  $p$  compensada por um aumento percentual igual em  $f$ , diminuiria a *perda social* porque os custos de apreensão e condenação seriam reduzidos pela alteração de  $p$ , ao passo que a dissuasão seria mantida pela ameaça de  $f$ . Essa foi e continua sendo a estratégia adotada por países que, para manter em baixos níveis ou reduzir a quantidade de recursos públicos investidos na luta contra o crime, optam pela punição severa dos condenados, em oposição ao aumento da probabilidade de captura e condenação<sup>182</sup>.

Contudo, os indivíduos são *propensos* ao risco, de modo que um aumento na probabilidade de condenação ( $p$ ), provocaria um declínio na gravidade das penas ( $f$ ), diminuindo, dessa forma, a *perda social*. De um lado, porque juízes e júris não estariam dispostos a condenar os infratores à penas muito altas<sup>183</sup>. De outro, porque os infratores responderiam de forma diferente às mudanças no “preço” (elasticidade da demanda)<sup>184</sup>. Os criminosos que agem impulsivamente (sem premeditação) são relativamente insensíveis ao tamanho das punições. De igual forma, incapazes e jovens são menos afetados por consequências futuras e, conseqüentemente, menos dissuadidos pelo aumento da punição<sup>185</sup>. A elasticidade da oferta das ofensas se torna indispensável na definição das condições otimalidade e, nestes casos, aponta que uma mudança em  $p$  (probabilidade de punição) geralmente é superior a uma mudança em  $f$  (tamanho da punição). Por este motivo, segundo BECKER, penas de prisão menores, sanções alternativas à pena privativa de liberdade, medidas de segurança e o afastamento da doutrina de “uma dada punição para um determinado crime”, seriam condizentes com as análises de otimalidade<sup>186</sup>.

Por fim, a terceira variável que deve ser observada para minimização da *perda social* de renda provocada pelas ofensas, diz respeito ao tipo de sanção ( $b$ ). As multas corresponderiam à modalidade de sanção capaz de simplificar a análise e aumentar o bem-estar social. Em primeiro lugar, porque a adoção de multas como forma de punição, ao contrário da prisão ou medidas alternativas ao encarceramento, prescinde de recursos sociais adicionais para execução e monitoramento. Em segundo lugar, a multa simplifica a determinação do número ideal de

---

<sup>182</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 183-184.

<sup>183</sup> Ibid., p. 183.

<sup>184</sup> Ibid., p. 189-190.

<sup>185</sup> Ibid. Os problemas relacionados ao “desconto do futuro” e a “elasticidade da demanda”, serão retomados no próximo capítulo.

<sup>186</sup> Ibid., p. 190.

infrações e da severidade das punições porque demanda conhecimento acerca dos ganhos e danos marginais decorrentes das ofensas e dos custos marginais de apreensão e condenação, enquanto que a prisão e outras punições requerem o conhecimento sobre a elasticidade da resposta das ofensas às mudanças, que, por sua vez, depende de fatores de difícil aferição como premeditação, sanidade e idade. E, por fim, em terceiro lugar, multas ótimas na margem compensariam as vítimas e restabeleceriam o *status quo ante*, afastando punições adicionais, formais e informais, impostas a ex-detentos, que “não pagaram sua dívida com a sociedade”, bem como custos adicionais relacionados à reabilitação<sup>187</sup>.

BECKER aponta então prescrições<sup>188</sup> para que decisões possam promover a alocação ótima de recursos no combate ao comportamento ilegal, ou, mais especificamente, reduzir a perda social de renda provocada pelas ofensas ( $L$ ), a saber: (i) se a execução da punição fosse onerosa (como é no caso da prisão, por exemplo) e os infratores fossem predispostos ao risco, uma mudança em  $p$  e não em  $f$  asseguraria indiretamente que a atividade legal “não compensa”<sup>189</sup>; (ii) se os custos de apreensão e punição fossem os mesmos, os valores de  $p$  e  $f$  deveriam ser maiores quanto maior fosse o dano causado por um crime, de forma que os crimes mais graves fossem solucionados com mais frequência e punidos mais severamente do que crimes mais leves; e, (iii) as multas teriam vantagens sobre as demais punições, pois conservariam recursos, compensariam a sociedade, puniriam os criminosos e simplificariam a determinação ótima de  $p$  e  $f$ .

Portanto, além da teorização sobre a decisão de delinquir (AED positiva), o economista se ocupou com a alocação eficiente dos recursos sociais na prevenção do delito (AED normativa-técnica). A preocupação do autor com esta última aproximação não decorre apenas da necessidade de uma prevenção ótima para minimização dos custos sociais do delito, mas também da necessidade de se investir recursos onde possam ser obtidos maiores rendimentos ou, mais precisamente, maior redução de delitos, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio de

---

<sup>187</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 193-194.

<sup>188</sup> Ibid., p. 207-209.

<sup>189</sup> A conclusão de que o crime não compensa (“*crime does not pay*”) é uma condição de otimalidade e não uma implicação sobre a eficiência da polícia ou dos tribunais. Cf. Ibid., p. 208.

programas de prevenção primária<sup>190</sup>. Por isso afirma: “políticas ótimas para combater o comportamento ilegal fazem parte de uma alocação ótima de recursos”<sup>191</sup>.

A Análise Econômica, neste sentido, não está estritamente relacionada à *política penal* – embora a busca da pena ideal em quantidade e qualidade seja o seu aspecto mais conhecido –, mas compreende a *política criminal*<sup>192</sup>. Aliás, da evolução do pensamento quanto à aplicação do enfoque econômico no Direito Penal, extrai-se uma mudança da concepção a respeito da prevenção. Com efeito, embora a prevenção esteja associada à dissuasão do potencial infrator por meio da ameaça da imposição da pena, verifica-se, a partir das obras analisadas, que em complemento, e de certa forma até em oposição à severidade das penas abstratamente cominadas, passou-se a considerar também a probabilidade de imposição – e, portanto, a efetividade do sistema legal – e, por fim, a alocação eficiente de recursos em métodos alternativos para o combate do delito (*u*), como variáveis determinantes para a obtenção de políticas criminais eficientes.

Por todo o exposto, é possível concluir, tal como ORTIZ DE URBINA GIMENO, que equivocada é a caricaturização da Análise Econômica como uma perspectiva analítica desconhecadora dos direitos individuais que, seguindo uma lógica preventivo-geral negativa, conduziria a penas draconianas, motivo pelo qual mereceria ser rejeitada<sup>193</sup>. As teses utilitaristas nas quais se fundamenta a AED, no que diz respeito ao Direito Penal, não só constituíram uma

---

<sup>190</sup> Representados pela variável *u* na teoria de BECKER. Conforme leciona GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: “*los programas de prevención primaria se orientan a las causas mismas, a la raíz, del conflicto criminal, para neutralizar éste antes de que el propio problema se manifieste. Tratan, pues, de crear los presupuestos necesarios o de resolver las situaciones carenciales criminógenas, procurando una socialización provechosa acorde con los objetivos sociales. Educación y socialización, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida son ámbitos esenciales para una prevención primaria, que opera siempre a largo y medio plazo y se dirige a todos los ciudadanos*”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 984. Sobre a redução dos delitos por meio da prevenção primária vide ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 57-58.

<sup>191</sup> No original: “*optimal policies to combat illegal behavior are part of an optimal allocation of resources*”. Cf. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 209.

<sup>192</sup> Nas palavras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: “*ninguna política criminal realista puede prescindir de la pena, pero tampoco cabe degradar la política de prevención convirtiéndola en mera política penal*”. Em outra passagem: “*es imprescindible distinguir entre ‘política criminal’ y ‘política penal’, si no se quiere privar de contenido y autonomía el propio concepto de ‘prevención’*. Este último reclama cierta política criminal (de base etiológica, positiva, asistencial y social, comunitaria), no fórmulas represivas o intimidatorias, meramente sintomatológicas, que se desentienden de las raíces del problema criminal y prescinden de toda información científica al respecto”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 990 e 996. No mesmo sentido, BERMEJO, destaca que a prevenção do delito não se esgota com o efeito dissuasivo da pena, mas compreende todo tipo de medidas públicas e privadas que têm por objeto a atenuação da dimensão e da gravidade da criminalidade. Cf. BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 70.

<sup>193</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 33.

reação contra a desumanidade e a crueldade das penas do Antigo Regime<sup>194</sup>, como podem fornecer – acolhidas as modificações e adequações desenvolvidas nos últimos anos, notadamente no que diz respeito à conciliação das valorações eficientistas com o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais – argumentos para estabelecer quando o Direito Penal é necessário, em termos de eficiência e racionalidade<sup>195</sup>, tendo em vista seus elevados custos sociais e individuais, sejam eles relacionados à prevenção<sup>196</sup>, à repressão ou à liberdade dos indivíduos (postulados garantistas).

Aliás, frente à expansão do Direito Penal contemporâneo, em decorrência do “paradigma da prevenção”<sup>197</sup>, por meio do qual, pressupõe-se sua suposta idoneidade para o combate da insegurança sistêmica da denominada, por BECK, “sociedade de risco”<sup>198</sup>, a AED pode contribuir para o processo de racionalização do Direito Penal, sua transformação em um instrumento de controle social menos arbitrário e desproporcional, ou melhor, para seu restabelecimento como último instrumento de controle social<sup>199</sup>.

Conforme destaca CARNEVALI RODRIGUEZ, “*el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre*

<sup>194</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 59.

<sup>195</sup> CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. **Ius et Praxis**, Talca, v. 14, n. 1, p. 13-48, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/mBVYx>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

<sup>196</sup> Mais precisamente, prevenção secundária, que “*se plasma en la política legislativa penal y en la acción policial, fuertemente polarizada por los intereses de la prevención general*” e prevenção terciária, que “*tiene un destinatario perfectamente identificable: la población reclusa, penada; y un objetivo preciso: evitar a reincidência*”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 984-985.

<sup>197</sup> HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 23; \_\_\_\_\_. Características e Crises do Moderno Direito Penal. trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista síntese de direito penal e processual penal**, n. 18, p. 144-157, 2003, p. 148.

<sup>198</sup> A sociedade de risco da segunda modernidade ou modernidade avançada contrapõe-se a sociedade industrial da primeira modernidade. Esta se caracteriza por duas espécies de ameaças, quais sejam, os perigos que tipificam a sociedade pré-industrial e os riscos produzidos pelas ações/decisões humanas, calculáveis e concretos. Aquela é qualificada por riscos previsíveis e calculáveis (riscos concretos) e imprevisíveis ou incalculáveis (riscos abstratos). Segundo BECK, os riscos da modernidade avançada “1) não são limitáveis nem no espaço nem no tempo e tampouco no plano social, 2) não podem ser atribuídos a pessoas com base nas regras da causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade em vigor, e 3) não podem ser objeto de compensação ou de alguma fiança”. Cf. BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. trad. Estevão Bosco. In: **Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas – Unicamp**, v. 2, n. 1, p. 229-253, 2010, p. 230. Deste mesmo autor, vide também: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011; e BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.

<sup>199</sup> Conforme destaca HASSEMER, o Direito Penal deixou de ser uma ameaça e se transformou em um módulo auxiliar, isto é, deixou de ser a *ultima ratio* para transformar-se em *prima ratio* ou mesmo *sola ratio*. Cf. HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22.

y cuando no haya otras formas de control menos lesivas - formales e informales”<sup>200</sup>. O princípio da *ultima ratio*, se constrói, segundo o autor, sobre bases eminentemente utilitaristas: “maior bem-estar com o menor custo social”<sup>201</sup>. Por este motivo:

*A pesar del escepticismo que en algunos genera el Análisis Económico del Derecho, si se concuerda que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no se puede prescindir, precisamente, de instrumentos que permiten medir su eficiencia*<sup>202</sup>.

À guisa de conclusão cumpre destacar que a AED, associada às teorias do bem jurídico e dos fins da pena, pode contribuir para a tomada de decisões menos lesivas aos direitos dos cidadãos e mais idôneas para a proteção de bens jurídicos, desconstituindo discursos expansionistas<sup>203</sup> mediante a complementação do estudo teórico (“*law in the books*”) com o estudo prático (“*law in action*”)<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. **Ius et Praxis**, Talca, v. 14, n. 1, p. 13-48, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/mBVYx>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

<sup>201</sup> CARNEVALI RODRIGUEZ, destaca: “*en lo que dice relación a la necesidad de pena, puede llegar a considerarse que se está frente a un bien merecedor de pena, pero que, por razones de utilidad, debe ser protegido por otros medios, con un menor contenido de lesividad que el Derecho penal, o cuando se estime que el recurso punitivo puede dar lugar a mayores consecuencias negativas*”. Cf. *Ibid.* No mesmo sentido, SILVA SÁNCHEZ adverte que o “Direito Penal é fundamentalmente um sistema de proteção subsidiária de bens jurídicos, e os princípios de subsidiariedade e ultima ratio remetem inequivocadamente à noção de eficiência”. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 57. Deste último autor, vide também: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 246; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

<sup>202</sup> CARNEVALI RODRIGUEZ, op. cit.

<sup>203</sup> Conforme destaca RODRIGUES geralmente pautados por: “(i) irracionalidade, (ii) emotividade, (iii) razões psicossociais de vingança; (iv) interesses políticos demagógicos em soluções a curto prazo, a exemplo do Direito Penal simbólico; e (v) renascimento do homo sociologicus, relativizando a dogmática criminal”. Cf. RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 206.

<sup>204</sup> CARNEVALI RODRIGUEZ, op. cit. No mesmo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA destaca que “*el uso racional del castigo – objetivo prioritario del Estado social y democrático de Derecho, y de toda Política Criminal científica – exige la verificación empírica de su eficacia, de su utilidad, dada la estricta legitimación instrumental del mismo*” e que “*una de las constantes históricas de la evolución del Derecho penal moderno es, precisamente su progresiva racionalización y autolimitación: la necesidad imperiosa de verificar y controlar sus objetivos sometiendo a una abierta crítica el efecto real de sus instrumentos*”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 996 e 1000.

#### 4 ANÁLISE ECONÔMICA DA POLÍTICA CRIMINAL COM ENFOQUE NA PREVENÇÃO DOS DELITOS ECONÔMICOS

A prevenção foi convertida em paradigma penal dominante na atualidade. Criam-se novos tipos penais, exasperam-se as penas, suprimem-se as garantias individuais, tudo a fim de garantir a tranquilidade pública por meio da falsa impressão de um legislador atuante e de um Direito Penal eficiente. Conforme destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, as decisões político-criminais preferem optar por um Direito Penal Simbólico<sup>205</sup> que “*sustituye criterios científico-empíricos de utilidad y eficacia como legitimación del castigo (instrumental) por la fácil cobertura de actitudes y expectativas sociales no siempre regidas por principios de racionalidad y proporción*”<sup>206</sup>, apesar das limitações óbvias da prevenção por meio da punição.

A Análise Econômica do Direito (AED), quando aplicada ao estudo do Direito Penal e da Política Criminal<sup>207</sup>, coloca em evidência problemas relativos à eficiência deste ramo do Direito na consecução de certos valores e objetivos. Tornam-se claros os custos do sistema penal na perseguição de seus fins, bem como as consequências econômicas da intervenção jurídico-penal e também os efeitos de políticas alternativas sobre a criminalidade<sup>208</sup>. Sua desejável aplicação decorre do fato de que fundamentos consequencialistas sempre ocuparam um lugar substancial no desenvolvimento da política criminal; e a própria dogmática da teoria do delito (criada a partir de perspectivas teleológicas), sempre foi propícia a acolher considerações de eficiência<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> O termo Direito Penal Simbólico, nas palavras de ROXIN “é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”. Cf. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

<sup>206</sup> Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 1018.

<sup>207</sup> Por meio da Política Criminal a sociedade organiza respostas ao fenômeno criminal, verifica o alcance da finalidade pela legislação vigente, sugere reformas, escolhe bens a serem tutelados e meios para efetivar essa tutela. Em suma, formula estratégias para enfrentar o problema da criminalidade. Conforme destaca ZAFFARONI, “a política criminal é a ciência ou arte de selecionar os bens (ou direito), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 118.

<sup>208</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 467.

<sup>209</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 3-4.

A Política Criminal como objeto de estudo pressupõe que uma análise aprofundada não deve levar em consideração apenas as variáveis da gravidade da pena e da probabilidade de detecção, mas também as oportunidades que podem ensejar a prática criminosa. Ainda, deve-se voltar o olhar aos benefícios que dela podem ser decorrentes, de modo que a prevenção abranja, dentre outros mecanismos possíveis: (i) a atribuição de custos adicionais à prática delitiva, (ii) a redução dos benefícios associados à prática delitiva e (iii) a atribuição de vantagens adicionais à realização opcional de atividades lícitas<sup>210</sup>.

Lançadas essas considerações, cabe destacar que o estudo da política criminal sob a perspectiva econômica pode se dar a partir de duas vertentes, as quais correspondem à divisão metodológica da ciência econômica, a saber: a positiva (refere-se ao *ser*, a explicação e a predição) e a normativa (refere-se ao *dever ser*).

#### 4.1 AED POSITIVA: O CRIME COMO DECORRÊNCIA DE UMA ESCOLHA RACIONAL

Neste nível de análise, pressupõe-se que os indivíduos respondem de forma racional aos incentivos positivos e negativos<sup>211</sup> oferecidos pelo ordenamento jurídico (*people respond to incentives*), de modo que seria possível, por meio da aplicação da teoria da escolha racional (*rational choice theory*), explicar e prever as consequências das instituições jurídicas sobre o comportamento humano. A mencionada teoria, na busca da compreensão dos fenômenos

---

<sup>210</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 19.

<sup>211</sup> Conforme destaca ORTIZ DE URBINA GIMENO, “dentro de los incentivos se incluyen: a) los producidos por las normas y sus modificaciones formales (derogación o aprobación de una nueva norma); b) los que se derivan de cambios en la norma de conducta exigida al ciudadano sin suponer una efectiva modificación del ordenamiento jurídico formal (por ejemplo, una nueva interpretación jurisprudencial); finalmente y de modo más ambicioso; c) los originados por las concretas políticas de aplicación de una norma y los cambios que experimentan (por ejemplo, la decisión de incrementar/disminuir la persecución de un cierto tipo de delitos o infracciones administrativas). Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 38.

sociais, desempenhou um papel fundamental não apenas na Economia moderna<sup>212</sup>, mas também na Criminologia<sup>213</sup>, na Sociologia, na Ciência Política e no Direito<sup>214</sup>.

A teoria econômica do comportamento racional não se preocupa em reproduzir fielmente a complexidade do mundo empírico; se assim o fizesse deixaria de ser uma teoria, uma explicação, e passaria a ser uma descrição. O conceito de racionalidade empregado pelo economista é, portanto, objetivo e não subjetivo<sup>215</sup>: significa uma disposição para *escolher*, consciente ou inconscientemente<sup>216</sup>, um meio apto para alcançar quaisquer fins pelos quais se tenha optado. Neste sentido, os indivíduos se presumem racionais em sentido instrumental porque ao se depararem com um conjunto de opções (*conjunto de oportunidade*)<sup>217</sup> e de acordo com seus desejos ou *preferências*, projetam suas ações de forma a alcançar da maneira mais eficiente (*eficiência pessoal*) os resultados esperados (*maximização de utilidade*). Portanto, as previsões da teoria apontam uma tendência<sup>218</sup>: os indivíduos agirão de determinada forma para alcançar os maiores benefícios aos menores custos, e realizarão uma próxima etapa de

---

<sup>212</sup> Sobre os métodos de definição da racionalidade de comportamento na teoria econômica e críticas, vide: SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. trad. Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 26 e ss.

<sup>213</sup> Conforme destaca AKERS, abordagens sobre ações humanas que se fundamentam em decisões racionais e utilitaristas estão presentes na criminologia desde o século XVIII. A teoria da dissuasão, que esteve no centro da criminologia clássica, aplica a filosofia utilitarista ao crime e supõe que as ações humanas se fundamentam em decisões racionais. Para essa teoria, no cálculo racional, a dor da punição legal compensava a motivação do crime, impedindo assim a atividade criminosa. A teoria da escolha racional, por outro lado, foi introduzida na criminologia pela Análise Econômica do Crime e postula que decisões racionais são tomadas de modo a maximizar os benefícios e diminuir os custos. Mais tarde, os criminologistas envolvidos na pesquisa sobre a dissuasão se utilizaram do modelo econômico de escolha racional para modificá-la ou expandi-la. Portanto, apesar da relação histórica existente entre as duas teorias, e de ambas estarem relacionadas à filosofia utilitária do crime, diferem entre si. Cf. AKERS, Ronald L. Rational choice, deterrence, and social learning theory in criminology: The path not taken. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 81, n. 3, p. 653-676, 1990, p. 653-655. Ademais, BERMEJO ressalta que a teoria da escolha racional se contrapõe à teoria da dissuasão, pois enquanto esta se preocupa somente com a análise dos benefícios esperados com a prática delitiva e os custos esperados com a aplicação das sanções, aquela incorporou na análise uma grande diversidade de custos e benefícios comparando, inclusive, a utilidade esperada da atividade delitiva com a utilidade esperada de outras atividades que poderiam ser alternativamente realizadas. Cf. BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 53.

<sup>214</sup> AKERS, Ronald L., op. cit., p. 653.

<sup>215</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 46

<sup>216</sup> Conforme destacam MACKAAY e ROUSSEAU, “a análise econômica pretende explicar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões”. Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. trad. Rachel Sztajn. 2. ed. Atlas, 2015, p.8.

<sup>217</sup> As restrições podem ser físicas, econômicas, legais ou psicológicas. Toda norma jurídica fixa o preço, o custo de oportunidade, do comportamento conforme a norma ou violador da norma, de forma que todo problema jurídico se traduz em um problema de escolha entre as alternativas possíveis.

<sup>218</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿Método útil, o ideología nefasta? In: COURTIS, Christian. **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348.

determinada atividade “se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais aos seus custos”<sup>219</sup> (*decisão marginalista*).

O referencial teórico, portanto, indica que quando os benefícios esperados da atividade delitiva são superiores aos custos esperados<sup>220</sup>, o indivíduo cometerá o delito se a utilidade decorrente da conduta delitiva exceder a utilidade que poderia ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades legais ou ilegais<sup>221</sup>, do que se extrai que “entre o sujeito delinquente e o não-delinquente não há diferenças estruturais (não há um sujeito ‘normal’ e um sujeito ‘desviado’) mas ambos, sim, operam seguindo idênticos princípios”<sup>222</sup>.

Antes de se proceder à análise detida das implicações dessa hipótese, convém apresentar as críticas direcionadas à fundamentação da AED positiva na teoria da escolha racional, notadamente no que diz respeito ao Modelo Simples do Crime Racional<sup>223</sup>.

#### 4.1.1 As escolhas são racionais?

A primeira crítica diz respeito à racionalidade humana. Por não disporem de todas as informações ou serem incapazes de processá-las de forma ótima, diz-se que os indivíduos são “intencionalmente racionais, mas também limitadamente racionais”<sup>224</sup>, sobretudo em situações de incerteza<sup>225</sup>.

Aportes da psicologia cognitiva e da neurociência que compõem o sub-ramo da Economia Comportamental (*Behavioral Economics*)<sup>226</sup>, demonstram que não apenas a

<sup>219</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

<sup>220</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 349.

<sup>221</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 176.

<sup>222</sup> Cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 13; BECKER, op. cit., p. 176.

<sup>223</sup> O *Simple Model of Rational Crime* (SMORC), refere-se à teoria de BECKER.

<sup>224</sup> SIMON, Herbert. **Administrative Behavior**. 2. ed. New York: Macmillan, 1961, p. xxiv. Vide também: “Herbert Alexander Simon.” **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em: <<https://goo.gl/zpGGwS>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

<sup>225</sup> Nesses casos, não há otimização (decisão eficiente), mas maximização da utilidade (ou satisfação).

<sup>226</sup> A Economia Comportamental se utiliza da estrutura teórica do sistema dual, consolidada na Psicologia Cognitiva e Social nos anos 1990, para explicar que as avaliações e decisões nem sempre são racionais. O Sistema 1 ou Sistema Automático seria responsável pelos processos de pensamento intuitivos, automáticos, baseados na experiência e relativamente inconscientes. O Sistema 2 ou Sistema Reflexivo, seria responsável pelo raciocínio controlado, deliberativo e analítico. Sobre o assunto vide: SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: SUSTEIN, Cass R. (Org.) **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2008; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

racionalidade é limitada (*bounded rationality*), como também a força de vontade (*bounded willpower*) e o autointeresse ou egoísmo (*bounded self-interest*).

Conforme destaca ARIELY<sup>227</sup>, a Economia Comportamental contraria os pressupostos da economia convencional segundo os quais os indivíduos, dispendo de todas as informações pertinentes, ao se depararem com diversas opções, calculariam o valor de cada uma delas e optariam por aquela que tivesse a probabilidade de maximizar a utilidade. Para os economistas comportamentais, os indivíduos: (i) possuem limitações cognitivas que interferem na tomada de decisão (dificuldade de computar informação, ausência de memória, dentre outras); (ii) tomam decisões por impulso que não lhes interessariam em longo prazo (ausência de autocontrole), (iii) podem perseguir interesses alheios e não os próprios (comportamento altruísta e não exclusivamente egoísta) e (iv) são suscetíveis a influências do ambiente imediato (efeito do contexto), a emoções irrelevantes, a imprevidência e a outras formas de irracionalidade<sup>228</sup>.

Apesar dessa limitação, contudo, mesmo os “comportamentos irracionais” seriam sistemáticos e previsíveis<sup>229</sup>, de modo que a compreensão desses desvios poderia auxiliar na descoberta de “maneiras mais compassivas, realistas e eficazes de evitar tentações, incentivar o autocontrole e, em última instância, reforçar a visão e os objetivos de longo prazo”<sup>230</sup>.

A decisão de delinquir, evidentemente, ocorre em uma situação de risco e incerteza e o infrator raramente conta com toda a informação acerca dos custos e benefícios esperados de sua conduta<sup>231</sup>. Aliás, os obstáculos do conhecimento do Direito, da escolha racional e do custo líquido esperado, são apontados por ROBINSON<sup>232</sup> como óbices decisivos para a dissuasão.

<sup>227</sup> Cf. ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 197.

<sup>228</sup> Sobre as muitas formas de os indivíduos serem irracionais, vide: ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional**. trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>229</sup> ARIELY, op. cit., p. viii, 196.

<sup>230</sup> Ibid., p. 8. Neste sentido, merecem destaque as regulações por incentivos e “empurrões” (*nudges*), que se valem dos estudos da Economia Comportamental para influenciar não apenas as escolhas que ponderam os custos e benefícios em busca da maximização dos benefícios – teoria da escolha racional, fundamentada na ideia de *homo economicus* e na resposta à incentivos –, mas também afetar os comportamentos usuais das pessoas, induzidos pelo Sistema Automático, correspondentes a escolhas inadequadas previsíveis, por meio de “cutucadas”. O Estado age, pois, como um “arquiteto de escolhas”, influenciando os indivíduos na tomada de decisão sem, contudo, retirar-lhes a liberdade de escolha. Essas políticas estão inseridas na vertente do “paternalismo libertário”. Sobre o assunto vide: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>231</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 49.

<sup>232</sup> ROBINSON, Paul H. **apud** ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal; es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 132-133.

Comentando os apontamos do mencionado autor, GIMENO destaca que “*el conocimiento del Derecho de las personas legas es muy limitado y, desde luego, no llega en la gran mayoría de los casos al conocimiento de las concretas consecuencias jurídicas de la conducta ilegal*”<sup>233</sup>. Além disso, a despeito do conhecimento da lei, outras circunstâncias dificultariam a escolha racional: a deficiência de autocontrole, o consumo de drogas e a prática de delitos em grupo podem ser mencionados. Por fim, o cálculo do custo esperado da sanção não seria pautado na realidade objetiva do sistema de justiça penal, mas nas variáveis da gravidade, certeza e rapidez, tal como percebidas pelos indivíduos<sup>234</sup>.

Essas variáveis dificilmente são adequadamente computadas pelos sujeitos, uma vez que tendem a analisar e valorar mais os benefícios do que os riscos decorrentes do delito. E, ao avaliar os riscos, ponderar mais as consequências imediatas da conduta (risco de ser detido) do que as definitivas (risco de ser condenado ao cumprimento de determinada pena)<sup>235</sup>.

Tendo em vista a influência de elementos de rotina, imitação, emotividade e irracionalidade<sup>236</sup>, diz-se, portanto, que a decisão de delinquir é racional em sentido limitado, porque os infratores “*hacen lo mejor que pueden dentro de los límites de tiempo, recursos e información disponible*”<sup>237</sup>.

SILVA SÁNCHEZ destaca, contudo, que a racionalidade do delinquente não pode ser reduzida a uma mera *racionalidade instrumental* ou *utilitária* – e é precisamente essa a crítica que ele lança à AED<sup>238</sup> –, mas deve ser compreendida como uma *racionalidade valorativa*. Isso porque compartilha do entendimento de que o efeito dissuasivo das normas penais não reside unicamente no fator intimidatório da pena, mas também na transmissão do conhecimento relativo à declaração da gravidade do fato. Destarte, o cálculo do delinquente potencial não contemplaria apenas aspectos econômicos, mas também aspectos valorativos<sup>239</sup>.

<sup>233</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal; es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 133. No mesmo sentido: KENNEDY, David M. **Disuasión y prevención del delito: reconsiderando la expectativa de pena**. trad. Luciana Morón. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 58.

<sup>234</sup> Ibid., p. 133.

<sup>235</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 50; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2003, p. 991.

<sup>236</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 23.

<sup>237</sup> BERMEJO, op. cit., p. 50; SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 18.

<sup>238</sup> Ibid., p. 34.

<sup>239</sup> Ibid., p. 22-23 e 35. De uma perspectiva econômica, a prevenção por meio da comunicação de valor é objeto de estudo da teoria expressiva da norma e de sua influência nas normas sociais. Este assunto será retomado no tópico 5.5.3.

#### 4.1.2 Como são determinadas as preferências dos indivíduos?

A segunda crítica à teoria da escolha racional está relacionada às preferências dos indivíduos, pois sem conhecê-las não seria possível explicar ou prever os comportamentos maximizadores<sup>240</sup>. Nas palavras de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, teríamos sujeitos que, “*persiguiendo no-se-sabe-cuáles fines, actúan de no-sé-sabe-qué manera*”<sup>241</sup>.

As preferências humanas têm contexto cultural, político, social, antropológico, histórico, psicológico e até filosófico, motivo pelo qual a AED não prescinde das contribuições das ciências sociais<sup>242</sup>.

No campo da delinquência, tendo em vista as mais variadas motivações que podem influenciar os indivíduos, dizer que em todos os casos os sujeitos atuam de determinada maneira porque maximizam uma função de utilidade, “*es decir muy poco, si es que acaso es decir algo*”<sup>243</sup>.

Portanto, no tocante à análise do comportamento criminoso, os estudos empíricos e interdisciplinares da criminologia são fundamentais para a determinação das preferências, bem como para a avaliação da conduta humana de uma perspectiva *subjetiva*, contribuindo para a verificação da eficácia dissuasiva real do castigo em suas duas variáveis: “*si es cierto – o no – que la amenaza de la pena evita la comisión de delitos y previene la criminalidad; si la imposición y cumplimiento de la pena concreta mitiga – o no – el riesgo de reincidencia del infractor*”<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 18.

<sup>241</sup> Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. In: Revista de derecho penal y criminología, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 52; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿ Método útil, o ideología nefasta?. In: **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348.

<sup>242</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49. A consequência disso, conforme destaca SILVA SÁNCHEZ consiste no “redescobrimiento da diversidade dos indivíduos, permitindo rechaçar a novidade revolucionária da teoria econômica”. Cf. SILVA SANCHÉZ, op. cit., 2004, p. 18.

<sup>243</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 54.

<sup>244</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 996-997. Conforme destaca ORTIZ DE URBINA GIMENO, “*la investigación empírica y los conocimientos teóricos sobre el fenómeno delictivo que pueden aportar otras perspectivas resultan irremplazables a la hora de formular propuestas de política criminal, incluso (mejor: especialmente) cuando éstas se hacen siguiendo un análisis económico: éste proporciona una potente estructura, un esqueleto, pero corresponde a otras disciplinas aportar el resto de los ingredientes*”. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 55. Do mesmo autor vide: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿ Método útil, o ideología nefasta?. In: **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.

### 4.1.3 De uma perspectiva individual, os benefícios e os custos esperados da prática delitiva são exclusivamente monetários?

Da premissa de que os indivíduos procuram maximizar seu bem-estar, não se extrai que suas escolhas são motivadas tão somente pelo egoísmo e pela perspectiva de ganhos materiais<sup>245</sup>. Na verdade, os indivíduos buscam atender seus interesses pessoais, sejam eles quais forem (egoístas, altruístas, leais, rancorosos ou masoquistas<sup>246</sup>). Disso decorre que os benefícios e custos esperados da atividade delitiva não se reduzem a valores monetários.

Muito embora a vantagem relacionada à obtenção de recursos financeiros ou bens materiais seja mais evidente, não se pode deixar de levar em consideração os benefícios imateriais<sup>247</sup>, tais como benefícios psíquicos e reputacionais, exemplificados na satisfação de desejo sexual, prestígio dentro da comunidade criminosa, dentre outros.

De igual forma, os custos do delito não se restringem ao valor esperado da sanção penal – obtido por meio da multiplicação da sua magnitude pela probabilidade de sua imposição –, mas contemplam também os custos relacionados à obtenção dos instrumentos utilizados para a prática delitiva, à perda de alternativas legítimas (benefícios que deixaram de ser auferidos com a alocação de tempo e recursos em atividades alternativas) e, principalmente, às sanções informais (custo moral e custo reputacional)<sup>248</sup>.

Disso decorre que muitas pessoas não se comportam de modo exclusivamente racional e amoral, escolhendo cuidadosamente os meios para produção de determinados fins. Adicionalmente, os indivíduos também podem ser influenciadas pelo sentimento de culpa e pelos custos morais determinados por suas convicções éticas (moral internalizada)<sup>249</sup>. A corrente *Law and Social Norms* da AED amplia o aspecto da dissuasão agregando às sanções

---

Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348. Sobre a tentativa de BECKER de afastar a contribuição da criminologia, vide nota 171.

<sup>245</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 19.

<sup>246</sup> BECKER, Gary S. Nobel lecture: The economic way of looking at behavior. In: **Journal of political economy**, p. 385-409, 1993, p. 386.

<sup>247</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 349.

<sup>248</sup> BERMEJO, op. cit., p. 53-54; PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald Victor Gemuseus; FELSON, Marcus (Ed.). **Routine Activity and Rational Choice**. v. 5, New Brunswick: Transaction Publishers: 1993, p. 40-41.

<sup>249</sup> Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 54.

formais (impostas pelo Estado) os custos morais e reputacionais da conduta infratora, decorrentes das sanções informais<sup>250</sup>.

#### 4.1.4 A teoria da escolha racional é satisfatoriamente preditiva/explicativa?

A teoria da escolha racional não afirma que todo ser humano é um *homo economicus*, dotado de uma hiper-racionalidade e que realiza necessariamente cálculos conscientes de custos e benefícios<sup>251</sup>. Ela “*opera mediante modelos que abstraen características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones*”<sup>252</sup>, motivo pelo qual, “a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado”<sup>253</sup>.

Neste sentido, a primazia metodológica da análise econômica consiste na realização de previsões de tendência a partir da hipótese da racionalidade. No âmbito do Direito Penal e da Política Criminal, tem por finalidade examinar os efeitos esperados das distintas instituições político-criminais, de modo a constatar se as reações dos indivíduos se ajustam (explicação) ou se ajustarão (predição) aos objetivos de determinada lei ou política.

Evidentemente a mencionada teoria é demasiadamente simples e limitada para a explicação e predição do comportamento criminoso nos delitos imprudentes, passionais e violentos, nos quais outros fatores – como a emoção e a impulsividade – podem ser decisivos. Contudo, na criminalidade organizada e, especialmente, na criminalidade econômica e reiditícia<sup>254</sup>, a decisão de delinquir apresenta elevada dimensão de racionalidade<sup>255</sup>, notadamente por ser orientada à obtenção e maximização de vantagens econômicas.

<sup>250</sup> Neste sentido: Robert D. COOTER, Robert D. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998; COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 279-303.

<sup>251</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24 e 25.

<sup>252</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 40. Do mesmo autor, vide: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿ Método útil, o ideología nefasta?. In: **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348.

<sup>253</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

<sup>254</sup> Segundo KNOPFHOLZ: “A criminalidade econômica atual é uma criminalidade de poder. [...] Passa-se da ação criminosa violenta à sub-reptícia. São delitos de inteligências – em oposição aos de violência – não somente pela utilização de recursos tecnológicos, mas pela atuação de pessoas altamente qualificadas.” KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013. pp. 29-30.

<sup>255</sup> Cf. PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald Victor Gemuseus; FELSON, Marcus (Ed.). **Routine Activity and Rational Choice**. v. 5, New Brunswick: Transaction Publishers: 1993, p. 38-39; BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del**

BERMEJO<sup>256</sup> destaca que a existência de propriedades comuns à atividade mercadológica e aos delitos econômicos viabiliza a explicação e predição da prática delitiva como resultado de escolhas racionais. Com efeito, assim como as rotineiras escolhas mercantis proporcionam a padronização das condutas, a aprendizagem e, conseqüentemente, a “correção” de falhas de racionalidade no âmbito mercadológico<sup>257</sup> – tornando possível a aplicação da teoria da escolha racional para explicar/prever as decisões dos agentes econômicos –, o alto grau de especialização, a divisão de tarefas e a frequência da tomada de decisões no âmbito econômico e empresarial, permitem que as informações sejam processadas de forma mais eficiente, favorecendo a ponderação dos custos e benefícios de diferentes atividades lícitas e ilícitas. Essa ponderação é facilitada, ademais, pela presença do dinheiro<sup>258</sup> e da transparência das transações, que propiciam a determinação do custo de oportunidade e das conseqüências de determinadas escolhas.

Além disso, no âmbito da criminalidade organizada, fatores essenciais de produção criminoso (capital, pessoal hierarquicamente posicionado e especialização tecnológica ou ‘*know-how*’)<sup>259</sup> são articulados como uma verdadeira estrutura empresarial, com o intuito de diminuir os custos e aumentar os ganhos da prática delitiva<sup>260</sup>. As decisões, neste sentido, são altamente racionais. De um lado, porque fatores de risco e incerteza são reduzidos por meio de medidas que visam assegurar a impunidade; de outro, porque as preferências dos indivíduos, tal como nas atividades mercantis, são dadas em termos de maximização do lucro.

---

**blanqueo de capitales:** una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 23 e 79; SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal.** trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 17. Nas palavras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA “embora exista um moderado asceticismo com relação à idoneidade e efetividade preventiva geral do castigo, em determinadas parcelas de criminalidade, quais sejam, delinquência organizada, delinquência econômica e delinquência contra o meio ambiente, o infrator pondera e avalia objetivamente o risco derivado da prática do delito”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología.** 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 1017.

<sup>256</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales:** una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 80-84.

<sup>257</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional.** trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>258</sup> ARIELY destaca que pelo simples fato de os indivíduos pensarem em dinheiro, já se comportam como a grande maioria dos economistas acreditam: de forma racional e calculista. Cf. ARIELY, Dan. **Positivamente Irrracional.** trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61-62.

<sup>259</sup> BORILLI, Salette Polonia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Breves Notas sobre a Criminalidade: custo, papel das organizações e a questão feminina. **Desafio: Revista de Economia e Administração (continua como Desafio Online)**, v. 10, n. 20, p. 97-113, 2009, p. 106-107.

<sup>260</sup> Vide: JENNINGS, William P. A note on the economics of organized crime. **Eastern Economic Journal**, v. 10, n. 3, p. 315-321, 1984, p. 316; BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales:** una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 50

Portanto, embora expressiva parcela dos potenciais criminosos não responda de forma racional aos incentivos positivos e negativos impostos pelas instituições jurídico-penais, no âmbito da criminalidade econômica e organizada existe uma tendência à avaliação das consequências. Por esta razão, a teoria da escolha racional pode contribuir significativamente para a explicação e previsão da decisão de delinquir neste setor.

#### 4.1.5 O comportamento (ir)racional

O Modelo Simples do Crime Racional desenvolvido por BECKER explica a decisão de cometer um crime da perspectiva de um indivíduo racional e *amoral*, isto é, de um indivíduo que escolhe cuidadosamente os meios para atingir os fins ilícitos, sem ser limitado por culpa ou moralidade internalizada<sup>261</sup>.

Dessa perspectiva, quando os *benefícios esperados* da atividade delitiva são superiores aos *custos esperados*, o indivíduo tende a cometer o delito se a *utilidade* decorrente da conduta delitiva exceder a *utilidade* que pode ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades legais ou ilegais<sup>262</sup>. O comportamento criminoso pode ser explicado de uma forma bastante simplificada, tomando-se a atitude frente ao risco como *neutra*, nos termos abaixo expostos.

Crimes mais graves normalmente proporcionam maiores ganhos para os criminosos, ou seja, o retorno do crime ( $y$ ) é uma função crescente da *seriedade* do crime ( $x$ ), de acordo com a seguinte representação:  $y = y(x)$ . Da mesma forma, não apenas as sanções ( $f$ ) tendem a ser mais severas quanto maior é a gravidade do crime [ $f=f(x)$ ], como também a probabilidade de punição ( $p$ ), pela ampliação das atividades de policiamento, fiscalização e investigação por parte das autoridades [ $p= p(x)$ ].

Nesta lógica, se todos os crimes fossem punidos *com certeza* ( $p = 1$ )<sup>263</sup> e as sanções superassem o benefício do crime [ $f(x) > y(x)$ ]<sup>264</sup>, a atividade ilícita não compensaria, podendo-se falar em *dissuasão*.

---

<sup>261</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 475.

<sup>262</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 176.

<sup>263</sup> O fator 1 corresponde à pena certa, com 100% de probabilidade de imposição.

<sup>264</sup> As sanções precisam superar o benefício do crime pois, do contrário, não se fala em dissuasão e sim em internalização (compensação).

Ocorre que a punição não é certa e sim *probabilística*, de modo que o possível infrator leva em conta a probabilidade de detecção, apreensão e condenação no momento em que opta pela prática ou não de uma conduta ilícita. A *punição esperada* é obtida por meio da multiplicação da *severidade da pena* ( $f$ ) pela *probabilidade de imposição* ( $p$ ) e será sempre inferior à *punição real* – já que a probabilidade de imposição normalmente é menor do que 1 ( $p < 1$ ) – e superior ao benefício que pode ser auferido com a prática delitiva – tendo em vista que  $f > y$ .

Essa é a condição correspondente às situações nas quais se encontram, em grande parte, os indivíduos: ainda que a probabilidade de imposição da pena seja baixa, o crime *não compensa*<sup>265</sup>. Indivíduos que praticam crimes nestas condições são impulsivos (possuem excesso de confiança), orientados ao presente (ignoram ou menosprezam consequências futuras) e têm personalidades dispostas a supervalorizar os benefícios do crime e subestimar os custos<sup>266</sup>.

Quando a severidade da pena ( $f$ ) ou a probabilidade de imposição da pena ( $p$ ) são extremamente baixas para *determinados* valores de gravidade do crime ( $x$ ), de modo que a *punição esperada* seja inferior ao *benefício esperado*, situação na qual o *crime compensa*, o “criminoso racional amoral escolhe a gravidade do crime  $x$  para maximizar seu retorno líquido, que é igual ao retorno  $y(x)$  menos a pena esperada  $[p(x)f(x)]$ ”<sup>267</sup>, conforme a expressão:  $\max y(x) - p(x)f(x)$ .

As decisões pela *gravidade* do crime são tomadas nas margens e não nos extremos, isto é, por meio de comparações dos benefícios marginais com os custos marginais<sup>268</sup>. Se o benefício

<sup>265</sup> Para exemplificar, considere-se que a sanção para um crime cuja prática produzirá um benefício de R\$ 1.000,00, corresponde a uma pena de multa no valor de R\$ 2.000,00, com 75% de probabilidade de imposição. Neste caso, tem-se uma pena esperada de R\$ 1.500,00 (obtida por meio da multiplicação da pena prevista pela probabilidade, no caso, R\$ 2.000,00 X 0,75). De uma perspectiva racional, um indivíduo amoral e neutro ao risco não cometeria o crime porque a pena esperada supera o benefício esperado. Contudo, em um ambiente de incerteza, os indivíduos tendem a supervalorizar as vantagens que são consideradas possíveis e subvalorizar aquilo que é meramente provável. Para uma melhor compreensão do exemplo, vide o Figura 11.3 apresentada por COOTER e ULEN, com o cuidado de que na tradução consta no eixo horizontal *severidade da pena*, quando deveria constar *seriedade do crime*; e, no eixo vertical, *seriedade do crime*, quando deveria ser *severidade da pena*, conforme explicações apresentadas pelos autores no início do tópico B. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 475 e ss.

<sup>266</sup> Cf. WILSON, James Q.; ABRAHAMSE, Allan. Does crime pay? **Justice quarterly**, v. 9, n. 3, p. 359-377, 1992; COOTER; ULEN, op. cit., p. 507-509. Sobre os fenômenos do desconto hiperbólico (*hyperbolic discounting*) e do excesso de confiança (*Overconfidence*), Cf. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>267</sup> COOTER; ULEN, op. cit., p. 478.

<sup>268</sup> Os economistas usam o termo “mudanças marginais” para descrever pequenos ajustes incrementais em um plano de ação existente. MANKIW exemplifica: “na hora do jantar, a decisão não é entre jejuar ou comer até não poder mais, mas entre aceitar uma colherada a mais de purê de batatas ou não”. MANKIW, Nicholas

marginal excede o custo esperado marginal, o criminoso aumenta a gravidade do delito. Por outro lado, se o custo marginal esperado excede o benefício marginal, o criminoso diminui a gravidade da ofensa.

No modelo em questão a dissuasão da política penal sob o viés da análise econômica positiva depende da atitude do delinquente frente ao risco: (i) se o indivíduo tem preferência pelo risco, isto é, se ele prefere uma *perspectiva incerta* a uma perspectiva certa esperada igual, um aumento na probabilidade da pena ( $p$ ) reduz a utilidade esperada, mais do que um aumento na severidade/quantidade da pena ( $f$ ); (ii) se o indivíduo tem aversão ao risco, ou seja, se ele considera a utilidade de uma *perspectiva certa* maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta esperada igual, um aumento em  $f$  tem maior efeito do que o aumento em  $p$ ; e, (iii) se o indivíduo é neutro em relação ao risco, mantendo-se *indiferente* entre uma perspectiva certa e uma perspectiva incerta de mesmo valor, as alterações em  $p$  ou  $f$  surtem o mesmo efeito<sup>269</sup>.

De outro lado, aumentos em  $p$  e  $f$  reduzem a *seriedade* do crime praticado (*dissuasão marginal*), pois racionalmente os indivíduos optam pela prática de delitos menos graves, para compensar o maior risco criado pelo aumento da escala de penas. Igualmente, mudanças nas oportunidades geram incentivos distintos: quando as oportunidades diminuem, os benefícios ( $y$ ) marginais são reduzidos; quando as oportunidades aumentam, “o criminoso racional aumenta a seriedade de seu crime até que o risco de ser punido atinja um nível proporcional às novas e melhores oportunidades de cometimento [de] atos criminosos”<sup>270</sup>.

Portanto, o Modelo Simples do Crime Racional aponta que aumentos na probabilidade de imposição da pena ( $p$ ) e na severidade da pena ( $f$ ), bem como reduções nos benefícios esperados ( $y$ ), podem reduzir a *utilidade esperada* da atividade delitativa<sup>271</sup>, tornando-a preterida

---

Gregory. **Introdução à Economia**: Princípios de Micro e Macroeconomia. São Paulo: Cenage Learning, 2008, p. 6.

<sup>269</sup> Para exemplificar. Levando em consideração que o valor esperado da pena é de 1 ano: (i) se o indivíduo é propenso ao risco, ele será mais dissuadido por uma pena de 2 anos com 50% de probabilidade de condenação; (ii) se o indivíduo é avesso ao risco, será mais dissuadido por uma pena de 5 anos com 20% de probabilidade de imposição; por fim, (iii) se o indivíduo é neutro ao risco, será indiferente diante de uma pena de 2 anos com 50% de probabilidade de condenação ou uma pena de 5 anos com 20% de probabilidade de imposição. Cf. BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**: una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 55-56.

<sup>270</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 479.

<sup>271</sup> Conforme destacam COOTER E ULEN, “a hipótese de que as pessoas procuram menos os bens quando seus preços aumentam tem um título altissonante: ‘Primeira Lei da Demanda’. Do mesmo modo, a ideia de que as pessoas cometem menos um crime quando a pena esperada aumenta pode ser chamada de ‘Primeira Lei da Dissuasão’”. Cf. COOTER; ULEN, op. cit., 480.

quando comparada com a *utilidade* que pode ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades.

Como anteriormente afirmado, nesse modelo o indivíduo é *amoral* e não realiza considerações sobre certo ou errado. Apenas compara resultados positivos e negativos, fazendo uma análise de custo-benefício da prática delitiva.

ARIELY, por meio de seu estudo sobre a *desonestidade*<sup>272</sup>, não apenas questiona o modelo proposto por BECKER, afastando o pressuposto da racionalidade plena, como aproxima a discussão relacionada aos comportamentos ilícitos<sup>273</sup> de problemas associados à internalização da moralidade e do controle informal exercido pelas normas sociais. Para o autor, as decisões nem sempre são decorrentes de considerações de custos e benefícios, mas de um processo de racionalização – que denominou “teoria da margem de manobra”<sup>274</sup> –, conduzido por duas motivações opostas: obtenção do maior benefício possível x manutenção de uma autoimagem positiva<sup>275</sup>.

De acordo com suas pesquisas, os indivíduos não deixam de cometer atos contrários às normas pelo aumento da probabilidade de detecção, como também não cometem mais atos ilícitos, pelo aumento da oportunidade<sup>276</sup>. Haveria um limitador interno (motivação do ego) que impediria os indivíduos de maximizarem a obtenção de proveito com a prática de condutas ilícitas.

A margem de manobra é afetada, segundo o autor, por fatores psicológicos, ambientais e sociais, a saber: flexibilização dos padrões morais por determinadas atividades, distanciamento entre o ato ilícito e suas consequências<sup>277</sup>, regras abertas e sujeitas à

---

<sup>272</sup> Dan ARIELY é professor de Psicologia e Economia Comportamental da Universidade de Duke. Desenvolve pesquisas relacionadas à desonestidade que, na verdade, contestam os pressupostos fundamentais da teoria da escolha racional. Conforme ressalta em sua obra “*A mais pura verdade sobre a desonestidade*”, “este livro trata fundamentalmente da racionalidade e da irracionalidade. Embora a desonestidade seja em si mesma uma fascinante e significativa característica dos seres humanos, é importante ter em mente que é apenas um dos componentes de nossa interessante e intrincada natureza humana” (p. 6, nota). O estudo do comportamento humano, nesse sentido, não parte da perspectiva de indivíduos racionais e amorais (*homo economicus*), mas de sujeitos que possuem racionalidade limitada, são influenciados por forças psicológicas e ambientais, bem como por aspectos sociais. Cf. ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 6 – nota e p. 9, respectivamente.

<sup>273</sup> Os estudos de Dan ARIELY são amplos e contemplam os comportamentos contrários às leis (ilícitos) e contrários às normas sociais e morais. Por isso o autor caracteriza-os como honestos/desonestos. Suas conclusões lançam uma nova perspectiva sob a qual podem ser analisadas as condutas ilícitas (parcela específica de comportamentos contrários à lei), que interessam ao presente trabalho.

<sup>274</sup> Na margem de manobra, segundo o autor, existe um equilíbrio delicado entre os desejos contraditórios de manter a autoimagem positiva e de se beneficiar com a trapaça. Cf. *Ibid.*, p. 26.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 24-26.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>277</sup> Sobre o distanciamento moral entre ação e consequências vide: RAMÓN CAPELLA, Juan. **Os cidadãos servos**. trad. Lédio Rosa de Andrade, Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

interpretações pelos próprios indivíduos, conflito de interesses, cansaço, criatividade, aborrecimento, sinalização negativa e alinhamento das normas sociais, banalização de pequenas infrações, influência exercida pelo grupo, tendências altruístas e ausência de supervisão direta<sup>278</sup>.

ARIELY destaca que conhecer as deficiências na racionalidade ou – mais especificamente – admitir a irracionalidade é fundamental para que melhores decisões sejam tomadas e para que instituições sejam corrigidas<sup>279</sup>.

Portanto, os indivíduos não agem pautados exclusivamente por cálculos de custo-benefício, mesmo na criminalidade econômica. Valores internos e sanções sociais informais influenciam as escolhas dos sujeitos. Daí a importância da complementação da análise econômica com estudos que incluem no processo de *dissuasão* os controles internos (aspectos morais) e controles sociais<sup>280</sup>. Conforme destaca KENNEDY, na prática existe uma influência mútua entre crenças morais pessoais, crenças morais coletivas, o que se tem legalmente sancionado e como se estruturam e implementam as respectivas sanções<sup>281</sup>.

Disso resulta que não apenas as variáveis da probabilidade de pena ( $p$ ), da severidade da pena ( $f$ ) e dos benefícios obtidos ( $y$ ) com a prática delitiva deverão ser levadas em consideração pelo formulador de políticas criminais. As escolhas devem ponderar os possíveis efeitos positivos e negativos sobre fatores formais e informais, tendo em vista que estes últimos podem ser determinantes para o cumprimento voluntário de obrigações e abstenções de práticas ilícitas.

---

<sup>278</sup> ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, *passim*.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>280</sup> KENNEDY, David M. **Disuasión y prevención del delito**: reconsiderando la expectativa de pena. trad. Luciana Morón. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 58. Neste sentido, destacam-se os seguintes trabalhos: ERICKSON, Maynard L.; GIBBS, Jack P.; JENSEN, Gary F. The deterrence doctrine and the perceived certainty of legal punishments. **American Sociological Review**, p. 305-317, 1977; PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. Sanction threats and appeals to morality: Testing a rational choice model of corporate crime. **Law and Society Review**, p. 549-583, 1996; PATERNOSTER, Raymond. The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment: A review of the evidence and issues. **Justice Quarterly**, v. 4, n. 2, p. 173-217, 1987.

<sup>281</sup> Conforme destaca o autor: “¿Una sanción determinada disuadirá un delito determinado? La probabilidad de que así sea puede aumentar en los buenos momentos económicos, cuando los delincuentes cuentan con mejores opciones legítimas y tienen más para perder; y disminuir en los malos momentos, cuando cuentan con menos opciones legítimas y tienen menos que perder. Puede subir cuando la opinión social general se inclina contra el delito en cuestión, y disminuir cuando es más neutral o incluso favorable al mismo. Puede subir cuando las estructuras sociales han inculcado en los delincuentes individuales creencias contrarias a la delincuencia, o a determinados delitos en particular, y disminuir cuando no lo han hecho. Puede aumentar cuando los delincuentes están cerca de personas que se preocupan por ellos y por lo que hacen, y que están en contra de la delincuencia; y disminuir cuando no lo están. Puede aumentar cuando las autoridades sancionatorias son vistas como dignas de respeto, y disminuir cuando no lo son, etcétera”. Cf. KENNEDY, op. cit., p. 71-72.

## 4.2 AED NORMATIVA E A ALOCAÇÃO EFICIENTE DE RECURSOS NA PREVENÇÃO DO DELITO

Parte-se do pressuposto de que os delinquentes são, em alguma medida, racionais, e que a prevenção geral por normas pode ser eficiente. Se assim não o fosse restariam como alternativas somente a prevenção técnica e a prevenção especial por tratamento ou inocuização, extremamente custosas<sup>282</sup>.

A AED normativa utiliza-se da noção de eficiência em sentido instrumental<sup>283</sup>, para investigar e apontar a *política penal* ótima para a *dissuasão* da prática delitiva, bem como a existência de *meios preventivos não penais* eficientes para o alcance dos objetivos pretendidos. Neste sentido, “*la eficiencia es un predicado instrumental y no tiene sentido decir que un derecho se orienta a ella: el derecho se orientará a la consecución de ciertos valores/objetivos y pretenderá su eficiente consecución*”<sup>284</sup>.

De um lado, a *política penal* deverá projetar um sistema de consequências jurídicas e selecionar probabilidades de detecção e de condenação que não apenas introduzam custos adicionais à prática delitiva para que, em última instância, o delito não compense (*crime does not pay*), mas também minimizem os custos sociais decorrentes dos delitos e os custos sociais associados à prevenção e repressão dos mesmos<sup>285</sup>. Disso não decorre que a *política penal* deva seguir uma lógica preventivo-geral negativa com tendência à intervenção policial massiva, à exasperação punitiva ou à mitigação de direitos e garantias individuais<sup>286</sup>. Pelo contrário, somente estará justificada se os seus custos não superarem os eventuais benefícios, do que decorre inclusive a possibilidade de não perseguição de alguns (ou muitos) delitos.

De outro lado, a *política criminal* deverá operar com variáveis distintas da pena, que não apenas ampliam os custos da prática delitiva (ex: custos morais e reputacionais), como conferem vantagens adicionais à realização de atividades lícitas alternativas (ex: redução do

---

<sup>282</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 22. Conforme destaca KENNEDY, “*está claro que la expectativa de una respuesta pública no disuade todos los delitos, pero es igual de claro que disuade muchos y que, cuando es alterada o removida, el comportamiento de las personas cambia*”. Cf. KENNEDY, David M. **Disuasión y prevención del delito**: reconsiderando la expectativa de pena. trad. Luciana Morón. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 35.

<sup>283</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿Método útil, o ideología nefasta? In: **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 65.

<sup>284</sup> Ibid., p. 65.

<sup>285</sup> Ibid., p. 59.

<sup>286</sup> Ibid., 55-56.

nível de desemprego)<sup>287</sup>, compreendendo, por conseguinte, uma ampla gama de expedientes públicos e privados, normativos ou não, que têm por fim a atenuação da quantidade e intensidade da criminalidade<sup>288</sup>.

Portanto, cumpre verificar de uma perspectiva econômica *quando* (análise de custo-benefício) e *como* (análise de custo-eficácia) o Direito Penal deve intervir, sendo que neste último caso, a problemática diz respeito à eficiência comparativa dos distintos tipos de pena, à eficiência de distintas composições de uma mesma pena, bem como à eficiência de distintos meios de prevenção.

#### 4.2.1 Quando o Direito Penal deve intervir?

Condutas ilícitas são ineficientes porque suas consequências são indesejáveis e os danos por elas provocados são superiores aos eventuais benefícios que pudessem causar. A regulação do comportamento humano – seja ela por meio do direito público ou privado –, de um lado aumenta os benefícios sociais à medida que reduz os custos sociais decorrentes das atividades infratoras<sup>289</sup>; de outro, incorre em custos de *enforcement*, que compreendem aqueles relacionados ao controle do cumprimento das normas (*monitoring*), ao processo indispensável para a determinação de sanções e outras consequências jurídicas por ocasião do descumprimento (*sanction process*) e à imposição de sanções (*sanction imposition*)<sup>290</sup>.

Dentre os ramos do Direito voltados à regulação do comportamento humano, o Direito Penal é o mais gravoso e mais oneroso não apenas em termos econômicos, mas também com relação aos direitos e garantias individuais<sup>291</sup>. Sua intervenção, desprovida de análises

---

<sup>287</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 19.

<sup>288</sup> BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modo integrado de las Ciencias Penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 29, p. 27-52, Jan./Mar., 2000, p. 01.

<sup>289</sup> SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 9.

<sup>290</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 86.

<sup>291</sup> SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 32. No tocante aos custos do Direito Penal, destacam-se as lições de FERRAJOLI: “Ao *custo da Justiça*, que depende das escolhas penais do legislador – as proibições dos comportamentos por ele tidos como delituosos, as penas e os procedimentos contra os seus transgressores –, soma-se um altíssimo custo de injustiças, que depende do funcionamento concreto de qualquer sistema penal; àquela que os sociólogos chamam de “cifra negra” da criminalidade – formada pelo número de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e/ou impunes — adiciona-se uma cifra, não menos obscura, mas ainda mais inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados, e, às vezes, punidos. Chamarei *cifra da ineficiência* à primeira, e *cifra da injustiça* à segunda, à qual pertencem: a) os inocentes reconhecidos por sentença absolutória, após terem se submetido ao processo e, não poucas vezes, ao

científicas, pode ocasionar elevados custos sociais<sup>292</sup> – associados à prevenção e repressão – que os outros ramos do Direito não apresentam. Por este motivo, o Direito Penal não deve intervir, sendo, portanto, desnecessário do ponto de vista econômico<sup>293</sup>, quando atos ilícitos puderem ser prevenidos por mecanismos indenizatórios e sancionatórios do Direito Civil<sup>294</sup>, sancionatórios do Direito Administrativo e medidas extrajurídicas.

Pode ocorrer, entretanto, que a regulação de determinadas condutas por meio de esferas menos custosas e gravosas aos direitos e liberdades dos indivíduos não seja suficiente para a *dissuasão*, porque tão somente promovem a *internalização dos custos* decorrentes de determinadas práticas ilícitas<sup>295</sup>.

O Direito Penal torna-se necessário, inobstante a intervenção das demais esferas do Direito, quando: (i) a indenização perfeita é impossível em princípio e na prática, (ii) apesar de a indenização ser possível, a lei visa proteger direitos das vítimas em potencial em vez de seus interesses e (iii) as penas são necessárias para a dissuasão, isto é, para que “os agentes não estejam livres para pagar o preço por suas ações e agirem como bem entendem”<sup>296</sup>.

Apesar da necessidade, SILVA SANCHÉZ<sup>297</sup> destaca que a legitimidade da intervenção do Direito Penal, em termos utilitaristas, requer que seja eficaz<sup>298</sup> no combate aos fatos ilícitos – razão pela qual devem ser introduzidos custos adicionais em suas cominações para que o cometimento do delito não compense –, e eficiente, de modo que “seus custos, em geral, sejam inferiores aos que resultariam acaso os fatos delitivos ficassem isentos de punição”<sup>299</sup>.

encarceramento preventivo, b) os inocentes condenados com sentença definitiva e posteriormente absolvidos em grau de revisão criminal; c) as vítimas, cujo número restará sempre ignorado – verdadeira cifra negra da injustiça – dos erros judiciais não reparados”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

<sup>292</sup> Segundo BORILLI e SHIKIDA, essa possibilidade de levantamento e estimativa de custos (custos com a vítima, custos de perdas produtivas e de renda, custos com o sistema repressivo, perdas materiais e imateriais, com o dano psicológico, por exemplo), consiste em uma das maiores contribuições que os economistas podem apresentar no estudo da criminalidade. Cf. BORILLI, Salette Polonia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Breves Notas sobre a Criminalidade: custo, papel das organizações e a questão feminina. **Desafio: Revista de Economia e Administração (continua como Desafio Online)**, v. 10, n. 20, p. 97-113, 2009, p. 101.

<sup>293</sup> O que se coaduna com os princípios da necessidade e subsidiariedade em termos utilitaristas.

<sup>294</sup> A AED distingue a indenização a título de compensação da indenização punitiva (*punitive damages* e *exemplary damages*). Esta última está acima e além da indenização compensatória avaliada contra o réu e tem por finalidade penalizá-lo. Vide: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 385-388.

<sup>295</sup> A dissuasão está relacionada à punição, ao passo que a internalização se refere à precificação. Cf. *Ibid.*, p. 475.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 474.

<sup>297</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 30-31.

<sup>298</sup> A eficácia diz respeito ao alcance dos objetivos pretendidos, ao passo que a eficiência se refere ao alcance da maior quantidade de objetivos pretendidos (maximização dos fins) ou da diminuição dos custos (minimização dos meios).

<sup>299</sup> Sob pena de ser “pior o remédio do que a doença”. Cf. SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 31.

Disso resulta que a legitimidade da cominação e imposição de penas decorre da necessidade (outros meios de prevenção não são capazes de dissuadir os indivíduos da prática ilícita), da eficácia (atingem o objetivo de dissuasão) e da eficiência (os custos de imposição da sanção são inferiores aos custos decorrentes da tolerância da comissão)<sup>300</sup>.

Dessa forma, estabelecida a necessidade de intervenção do Direito Penal, a questão que subsiste diz respeito a como prevenir a prática delitativa para que, no conjunto, o sistema de justiça criminal seja o mais eficaz e eficiente possível<sup>301</sup>.

#### 4.2.2 Como o Direito Penal deve intervir?

De acordo com Modelo Simples do Crime Racional, um aumento na *pena esperada* diminuiria a oferta de crimes, desde que as outras variáveis permanecessem constantes. O *custo esperado* de um delito, de uma perspectiva exclusivamente *penal*, corresponde à sanção legalmente prevista multiplicada pela probabilidade de imposição. Portanto, o incremento dos custos de um delito pode ocorrer, dessa perspectiva, de duas formas: pelo aumento da severidade da pena ou pelo aumento da probabilidade de sua imposição.

A elevação da probabilidade de condenação possui maior efeito dissuasivo sobre os indivíduos do que o aumento da quantidade de pena. Contudo, maiores são os custos incorridos para o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal, uma vez que seriam indispensáveis investimentos nos aparatos preventivos e persecutórios, administrativos e judiciais, de modo a aumentar as investigações, detecções, denúncias e processos criminais<sup>302</sup>. Por outro lado, a gravidade da pena possui menor efeito dissuasivo sobre os indivíduos, mas seus custos são menores, já que para tanto bastaria “*reunir a un número suficiente de parlamentarios un día dado y que estes voten a favor del mencionado incremento*”<sup>303</sup>. Por fim, em quaisquer das possíveis combinações, matematicamente, os custos de execução seriam os mesmos, já que na

<sup>300</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 32 e 33.

<sup>301</sup> Ibid., p. 10; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 66.

<sup>302</sup> Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA critica o modelo de prevenção fundamentado no incremento progressivo do rendimento do sistema legal. Ele sustenta, em síntese, que não se deve confundir o aumento da detecção dos crimes – que reduz a desproporção entre os valores oficiais da criminalidade e os reais, conhecida como “cifra negra” –, com redução da criminalidade. Cf. Tratado de criminología. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 995-996.

<sup>303</sup> Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 59; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal¿ es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). Crisis Financiera y Derecho Penal Económico. Madrid: Edisofer, 2014, p. 127.

hipótese de aumento de sentenças condenatórias com imposição de sanções leves, haveria uma grande quantidade de indivíduos cumprindo penas menos extensas; ao passo que na hipótese de baixa quantidade de sentenças condenatórias com imposição de sanções graves, haveria uma baixa quantidade de indivíduos cumprindo penas mais extensas<sup>304</sup>.

Tal ponderação, exclusivamente fundamentada nos custos relacionados à prevenção e repressão, levaria à conclusão de que “*la sanción ideal es aquella cuya gravedad tiende al infinito y cuya probabilidad de imposición tiende a cero*”<sup>305</sup>. Nestes termos, a eficiência seria apenas aparente e o Direito Penal seria convertido em um mecanismo puramente simbólico<sup>306</sup>, pois com custos supostamente mais baixos, na verdade não se obteria vantagem real alguma<sup>307</sup>.

A análise, portanto, precisa levar em consideração outros fatores, a saber, a espécie de sanção, a necessidade de dissuasão marginal, o fenômeno do desconto do futuro e a elasticidade da oferta do crime, sem perder de vista que decisões ótimas em termos econômicos nem sempre equivalem a decisões ótimas em termos político-criminais. O Direito Penal tem por finalidade proteger subsidiariamente bens jurídicos, garantir a convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens<sup>308</sup>, prevenir delitos e reações informais da sociedade (vingança privada), e reduzir a própria violência estatal<sup>309</sup>. Para tanto, a eficiência que se almeja é instrumental, isto é, a eficiência na consecução de valores e objetivos que têm a dignidade da pessoa humana como horizonte<sup>310</sup>.

Por estes motivos, resultados de análises tecnicamente impecáveis podem ser excluídos *ab initio*, por sua incompatibilidade com valores compartilhados no entorno social e consagrados nas Constituições<sup>311</sup>. Humanidade, mínima restrição das liberdades, redução das desigualdades e discriminações e inclusão social, são alguns dos muitos objetivos que precisam orientar escolhas *político-penais* e *político-criminais*.

---

<sup>304</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 59. O autor exemplifica: considere que foram cometidos 100 crimes de roubo e que no sistema "A" a probabilidade de condenação é de 20% e a pena de um ano de prisão, enquanto que no sistema de "B" a probabilidade de condenação é de 5% e a sentença de quatro anos. Como é facilmente comprovável, em ambos os sistemas, o número total de anos que os criminosos de um ou outro sistema deverão passar na prisão é o mesmo (vinte).

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>306</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 42.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>308</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32-36.

<sup>309</sup> SILVA SANCHÉZ, op. cit., p. 57.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>311</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 63.

### 4.2.3 Qual é a pena ideal?

No que diz respeito à qualidade da sanção, na AED existe uma preferência por sanções penais pecuniárias em detrimento das sanções não-pecuniárias, porque reduziriam o lucro auferido com a prática delitiva, compensariam a vítima e reforçariam o sentimento de que a justiça foi realizada<sup>312</sup>.

A intervenção do Direito Penal por meio de sanções pecuniárias e, portanto, de mesma qualidade das sanções utilizadas pelos demais ramos do Direito (indenização cível, multa administrativa) poderia *dissuadir* os indivíduos da prática de determinadas condutas ilícitas porque contaria com um aumento de probabilidade de detecção – em virtude dos instrumentos de investigação próprios do Direito Penal – e com custos adicionais decorrentes do estigma próprio da pena que elevariam, dessa forma, o *custo esperado* da sanção penal<sup>313</sup>.

Ocorre que, em virtude do próprio caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, a expressividade das condutas ilícitas que procura dissuadir desafia a imposição da pena de multa. Em determinados casos (como homicídio ou estupro) nem mesmo uma multa confiscatória seria adequada<sup>314</sup>. Para os demais, que demandassem igualmente uma multa elevada, seria ineficaz por quatro motivos: (i) indivíduos que possuíssem recursos econômicos escassos dificilmente seriam dissuadidos por uma pena pecuniária; (ii) a imposição de pena pecuniária a indivíduos que não tivessem recursos suficientes não traria quaisquer benefícios sociais, já que os conduziria a uma pior situação; (iii) a impossibilidade de pagamento da pena de multa por alguns indivíduos levaria à situação de extrema desigualdade, tendo em vista que não lhes sobraria outra alternativa que não a de se submeter à pena privativa de liberdade; e, ademais, (iv) a imposição de penas pecuniárias altas para acompanhar a gravidade do dano

---

<sup>312</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968, p. 195.

<sup>313</sup> SILVA SANCHÉZ aponta ainda que a mesma lógica seria válida para a reparação do dano por meio do processo penal. Cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 30 e 44. Evidentemente o autor se refere ao *abrandamento* do Direito Penal naqueles casos em que se faz necessário como *ultima ratio* porque a reparação civil é ineficaz na tarefa de dissuasão, ao mesmo passo que as sanções penais convencionais são demasiadamente graves (desproporcionais) em relação ao conteúdo lesivo dos fatos. Não se trata de *expandir* o direito penal para convertê-lo em mecanismo auxiliar de cobrança.

<sup>314</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal; es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 125.

causado à sociedade poderia ultrapassar os recursos inclusive daqueles infratores que possuem capacidade econômica<sup>315</sup>.

Portanto, a utilização exclusiva da pena de multa possui limitações. Com relação à criminalidade econômica, poderia facilmente integrar os cálculos dos potenciais delinquentes, de modo que os ganhos com o crime excedessem os custos da pena (internalização)<sup>316</sup>. Com relação à criminalidade de massa, conduziria à limitação falimentar dos criminosos ou ao alternativo encarceramento, agravando ainda mais a desigualdade já existente. Além disso, tampouco poderia ser usada em tempos de recessão com a mesma frequência que em períodos de bem-estar<sup>317</sup>. Por estas razões, tendo em vista que a eficiência depende da eficácia dissuasiva, quanto maior a probabilidade de não pagamento da multa, menor a justificativa para a sua utilização<sup>318</sup>.

As penas restritivas de direitos, por sua vez, embora incorram em custos de fiscalização que as penas de multa não têm, são preferíveis às penas privativas de liberdade se mantiverem o mesmo nível de *dissuasão*<sup>319</sup>, justamente por não contemplarem custos de manutenção e de dessocialização próprios à prisão.

Inobstante as limitações apontadas, ROXIN reflete sobre o futuro do Direito Penal destacando que “diversificação ou pena de multa são meios mais humanos, baratos e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização, e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade”<sup>320</sup>.

#### 4.2.4 Como determinar a magnitude da sanção?

A questão que se coloca aqui diz respeito à eficiência das distintas configurações de uma mesma pena. Como outrora apontado, o custo esperado de uma sanção é dado pelo produto da gravidade e da probabilidade. Esses fatores, contudo, não são plenamente intercambiáveis<sup>321</sup>

---

<sup>315</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 60.

<sup>316</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 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. 132.

<sup>317</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

<sup>318</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, op. cit., p. 61.

<sup>319</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 46-47.

<sup>320</sup> ROXIN, op. cit., p. 19-20.

<sup>321</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal; es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 128 e 132.

e sofrem limitações internas (decorrentes do próprio modelo) e externas (decorrentes de verificações empíricas).

De uma perspectiva interna à teoria, uma pena não pode ser demasiadamente grave de modo a “compensar” a baixa probabilidade de imposição porque, além de ferir o princípio da proporcionalidade, inviabilizaria a *dissuasão marginal* que visa desincentivar a prática de condutas mais gravosas e, uma vez iniciada a prática delitiva, desestimular o incremento do nível do dano<sup>322</sup>.

De uma perspectiva externa, estudos empíricos da criminologia<sup>323</sup> apontam que, em virtude do fenômeno do “*desconto do futuro*”, os indivíduos são mais dissuadidos por um aumento na probabilidade e na rapidez de imposição da sanção do que pelo incremento da gravidade. Conforme destaca BERMEJO, “o atrativo da fórmula baixa probabilidade/alta gravidade se vê reduzido no caso de sanções cujo cumprimento se prolonga no tempo”<sup>324</sup>, porque os indivíduos tendem a atribuir no presente uma menor utilidade (positiva ou negativa) aos eventos futuros. COOTER e ULEN advertem que “o desconto irrazoável do futuro, seja ele probabilístico ou sistemático, é uma forma de racionalidade reduzida que atinge grande quantidade de indivíduos”<sup>325</sup>. Quando os indivíduos descontam o futuro mais do que deveriam (e isso ocorre por fatores como idade, emoções, dentre outros), o ganho imediato proporcionado

---

<sup>322</sup> Exemplificando: “*piénsese en la situación que se produce al prever penas muy elevadas para delitos de gravedad media. Si un delito de gravedad media (pongamos: robo con violencia) se castiga con una pena muy elevada (pongamos: de veinte a treinta años de prisión), se podría incentivar a quien comete el robo con violencia a la comisión de otros delitos, teniendo en cuenta que, confrontado con la elevada pena del delito menos grave, puede considerar que tiene poco que perder con la comisión del más grave, y quizás algo que ganar (así, en el caso del robo con violencia, la comisión de un homicidio puede incrementar las posibilidades de fuga o servir para dificultar la ulterior identificación del delincuente)*. Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 61. Além disso, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA destaca que o rigor desmedido da pena, longe de reforçar os mecanismos inibitórios e prevenir o delito, tem paradoxalmente efeitos criminógeno. Vide: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 990.

<sup>323</sup> Conforme destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA “*lo cierto es que el infractor indeciso valora y analiza más las consecuencias próximas e inmediatas de su conducta (vg. riesgo de ser detenido, prisión provisional, etc.) que las finales o definitivas (gravedad de la pena señalada por la ley para el delito). Sus previsiones y actitudes, además, sitúan en planos muy distintos los «riesgos» improbables de padecer aquella pena y los beneficios seguros derivados de la comisión del hecho criminal. Precisamente porque cuenta con librarse del castigo decide cometer el delito. La certeza, pues, de unos beneficios inmediatos, seguros, prevalece sobre la eventualidad de unos riesgos que descarta o contempla como improbables, por graves que éstos sean*”. Cf. *Ibid.*, p. 991.

<sup>324</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 64-65. Tradução nossa.

<sup>325</sup> Para uma melhor compreensão do desconto futuro inclusive com suas diferentes percepções entre jovens e adultos, vide COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 482-485.

pela prática de uma conduta ilícita pode parecer mais interessante do que a ameaça de uma punição futura, quanto mais se essa punição se prolongar no tempo.

Portanto, a eficácia da prevenção geral está antes relacionada à probabilidade de descoberta do delito e de detenção do infrator, do que ao rigor do castigo que eventualmente venha a ser estabelecido em uma condenação.

#### 4.2.5 De que outras formas se pode prevenir?

A elasticidade da oferta de crime também é um fator decisivo para a elaboração de políticas voltadas à prevenção<sup>326</sup>. Modificações na probabilidade de imposição e na severidade da pena – e, portanto, na *pena esperada* – somente reduzirão os índices de criminalidade se a oferta for elástica (i.e. sensível às mudanças), pois, do contrário, “as variáveis agregadas no modelo do crime racional são relativamente menos importantes do que outras, como o índice de desemprego, a estrutura da família, o vício em drogas, a qualidade da educação, etc”<sup>327</sup>.

Disso decorre que, embora a *pena* seja o custo que comumente esteja diretamente associado à prática delitiva, motivo pelo qual nela sempre se concentraram as atenções da análise econômica, a *prevenção do delito* não se resume a ela, isto é, não se resume a uma *política penal*, contemplando hoje “outras medidas públicas e privadas que têm por objeto a atenuação da dimensão e gravidade da criminalidade”<sup>328</sup>, configurando uma verdadeira *política criminal*.

A prevenção primária, neste sentido, é fundamental para minimizar os custos sociais do crime, porque se lança contra os fatores socioeconômicos e biológicos que são as causas fundamentais da criminalidade, por meio da destinação de recursos à criação de empregos, garantias de renda, atendimento familiar, saúde mental, tratamento por dependência de álcool e drogas, dentre outros programas<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 503.

<sup>327</sup> Ibid., p. 480-481.

<sup>328</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 70. Tradução nossa.

<sup>329</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 984. COOTER e ULEN ressaltam que normalmente as hipóteses de dissuasão por meio da pena e consequente política penal e ausência de dissuasão da pena e a necessidade correspectiva de prevenção primária são apontadas como mutuamente exclusivas, quando, na verdade, ambas as hipóteses são verdadeiras: “a política pública ótima para redução do crime seria uma mistura de justiça penal e programas socioeconômicos”. Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p. 503.

Além disso, a prevenção situacional<sup>330</sup> busca identificar e reduzir as oportunidades para a prática delitiva proporcionadas por situações concretas (situações criminógenas)<sup>331</sup>. Em outras palavras, busca-se uma redução eficaz das oportunidades delitivas por meio de uma incidência e modificação do entorno físico ou social que incremente os riscos ou dificuldades (custos) e diminua correlativamente as expectativas e benefícios associados à prática criminosa<sup>332</sup>.

As técnicas de prevenção situacional, neste sentido, podem (i) incrementar o esforço real ou percebido associado à prática de um delito, por meio da dificultação de acesso do infrator ao objeto buscado, do controle de acessos ou do controle da obtenção dos instrumentos que facilitam a prática delitiva; (ii) incrementar o risco real ou percebido, por meio da vigilância formal, vigilância eletrônica ou por empregados; (iii) reduzir as recompensas esperadas, os benefícios e as expectativas relacionados ao crime, mediante o deslocamento do objetivo, da identificação da propriedade e eliminação do benefício; e (iv) incrementar os custos morais e reputacionais associados ao delito<sup>333</sup>.

A prevenção situacional provém do controle social formal (lei, agências reguladoras, órgãos de fiscalização) e informal (família, escolas, normas sociais), pois à medida que todos os cidadãos e organizações sociais adotam medidas de precaução rotineiras para evitar sua própria vitimização, acabam reduzindo as oportunidades para a prática delitiva.

Portanto, a prevenção da prática delitiva não se esgota em uma política penal; deve também compreender uma política social que se utilize de instrumentos não punitivos e técnicas

---

<sup>330</sup> A prevenção situacional surgiu por volta do ano de 1976 na unidade do *Home Office* britânico (agência britânica de prevenção ao delito), quando Ronald Clarke era seu diretor. Este departamento de investigações realizou um estudo sobre suicídios e descobriu que com a mudança do gás de uso doméstico na Inglaterra – do gás altamente tóxico que continha monóxido de carbono para o gás natural – os índices de suicídio foram sensivelmente reduzidos. O estudo demonstrou que as pessoas não buscavam outros meios para a prática do suicídio porque, para tanto, além de motivadas deveriam estar dispostas a adotar um método que agregava dor, sofrimento e desfiguração, como no caso de utilização de armas e substâncias tóxicas, que poderiam não ser fatais, optando, simplesmente, por não praticar o suicídio. Vide: CLARKE, Ronald Victor Gemuseus. Introduction. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Situational crime prevention**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1997, p. 30.

<sup>331</sup> Lançando uma crítica, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA adverte que “*la denominada ‘prevención situacional’ no se interesa por las ‘causas’ del delito (prevención primaria), sino por sus manifestaciones o formas de aparición, instrumentando programas que se limitan a neutralizar las ‘oportunidades’ (variables temporales, espaciales, situacionales, etc.), pero dejan intactas las raíces profundas del problema criminal*”. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 1020.

<sup>332</sup> Nas palavras de Ronald CLARKE, “*Situational prevention comprises opportunity-reducing measures that (1) are directed at highly specific forms of crime, (2) involve the management, design or manipulation of the immediate environment in as systematic and permanent way as possible, (3) make crime more difficult and risky, or less rewarding and excusable as judged by a wide range of offender*”. Cf. CLARKE, Ronald Victor Gemuseus (Ed.). **Situational crime prevention**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1997, p. 4.

<sup>333</sup> CLARKE, Ronald V. Situational crime prevention. **Crime and justice**, v. 19, p. 91-150, 1995; CLARKE, Ronald Victor Gemuseus. Introduction. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Situational crime prevention**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1997.

de intervenção direta e situacional, tendo por objetivo restringir o conjunto de oportunidades ou alterar os resultados de oportunidades.

No que diz respeito aos delitos econômicos, BERMEJO<sup>334</sup> destaca como possíveis medidas voltadas à restrição do conjunto de oportunidades: (i) a derrogação ou modificação de regulações e institutos jurídicos que fornecem oportunidades para a prática delitiva (ex: subvenções, subsídios, desonerações) ou são utilizados como instrumentos para o cometimento de ilícitos (ex: determinados tipos societários, sigilo bancário contra o fisco<sup>335</sup>), e (ii) a legalização de determinadas atividades que acabam criando um mercado negro ou atividades de crime organizado vinculadas a elas (ex: produção e distribuição de drogas).

Os resultados das oportunidades, por sua vez, podem ser alterados de duas formas. A primeira estaria relacionada ao aumento dos custos da atividade delitiva, por meio dos custos morais<sup>336</sup> e reputacionais associados à sanção penal, que expressa uma censura e reprovação social pela infração jurídica<sup>337</sup>. A segunda volta-se para a diminuição dos benefícios da atividade delitiva, mediante os institutos do perdimento das vantagens relacionadas com o crime e do confisco<sup>338</sup>, que visam privar os indivíduos dos benefícios econômicos esperados do delito ou dos objetos ilícitos decorrentes da prática criminosa (ex: armas, drogas).

---

<sup>334</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**: una aproximación desde el análisis económico del derecho. Tese Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 88-91.

<sup>335</sup> Neste sentido, já havia pontuado ROXIN: “poder-se-ia enfrentar a grande criminalidade econômica e a criminalidade organizada de modo muito mais eficiente, se fosse possível suspender o sigilo fiscal diante das agências financeiras e obrigar os bancos a informar regularmente à Repartição de Finanças (Finanzamt) a respeito das operações financeiras ocorridas em suas contas; com o atual desenvolvimento da tecnologia de comunicações de dados, isto não representaria qualquer problema técnico. Desta maneira, poder-se-ia impedir que as eminências pardas desse tipo de crime fizessem sua lavagem de dinheiro, ou mesmo prendê-las, sem que ocorresse uma intervenção intolerável nos direitos da personalidade; pois todos já são, por motivos fiscais, obrigados a revelar seu patrimônio ao Estado”. Cf. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08-09.

<sup>336</sup> ARIELY destaca que soluções atreladas ao padrão da racionalidade são normalmente apontadas para os problemas sociais em múltiplos aspectos: para o problema da criminalidade, policiamento e punições mais severas aos infratores; para diminuir os problemas de furtos, fraudes, pedidos exagerados de reembolso de despesas e sabotagem nas empresas, supervisão mais rigorosa e políticas duras sem margem de tolerância; para diminuir a corrupção ou incentivar o comportamento mais honesto, promove-se a transparência. Contudo, estratégias de reforço moral que poderiam se mostrar eficazes para decisões de curto prazo, são deixadas de lado. “Lembretes” sobre os padrões éticos, segundo o autor, são indispensáveis para o combate da criminalidade. Cf. ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 45-46.

<sup>337</sup> FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **The Monist**, vol. 49, no. 3, 1965, p. 397-423, jul. 1965; TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 65 e ss; COOTER, Robert D. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998; COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p 279-303.

<sup>338</sup> Sobre o assunto vide: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.

Por fim, como alternativa à tradicional forma de regulação por mandamento e controle (*command and control*), destaca-se o incentivo à autorregulação e a criação de programas de *compliance*, ou seja, à produção de normas internas (empresas) e normas comuns aos membros de associações empresariais ou profissionais, que visam prevenir, identificar e sancionar possíveis atos ilícitos<sup>339</sup>. Essa transferência de controle sobre membros de determinada empresa ou de determinada associação, conforme destaca BERMEJO, pode ser “*un complemento disuasorio eficiente a la utilización de sanciones penales y administrativas y sus respectivos organismos públicos de persecución*”<sup>340</sup>.

#### 4.3 CONSIDERAÇÕES

Por todo o exposto, não existem razões para que a atuação do Direito Penal frente à delinquência – e, em especial, a econômica – adote estratégias características de um tipo de política que não pode prevenir a prática delitiva de forma eficiente, a saber, aquela que se orienta pela baixa probabilidade de condenação “compensada” pela tendência de incremento da severidade das penas<sup>341</sup>.

Aliás, em tempos nos quais a percepção pública é de que o elevado índice de criminalidade impõe custos excessivos à sociedade<sup>342</sup>, a busca pela prevenção de comportamentos danosos e socialmente indesejados mediante o uso e a exasperação da norma *penal*, em razão do seu baixo custo de implantação e efeitos “positivos” sobre a opinião pública se comparada com mecanismos jurídico-administrativos alternativos, evidencia, “um dos mais claros exemplos de Direito [Penal] ineficiente, pois, com custos supostamente (apenas supostamente) mais baixos, na verdade não terá conseguido vantagem real alguma”<sup>343</sup>.

---

118, p. 50-70, 2016; CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 100, p. 453-501, jan./fev. 2013; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006.

<sup>339</sup> BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016, p. 107 e ss.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>341</sup> ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal, ¿es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 135.

<sup>342</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 498.

<sup>343</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 54.

À vista disso, para que o Direito Penal não se converta em mecanismo ineficiente por sancionar, conforme destaca SILVA SÁNCHEZ, (i) fatos que não produzem danos sociais, (ii) fatos que produzem danos sociais com penas que excedem o custo da tolerância; (iii) fatos que produzem danos sociais com penas inferiores ao custo da tolerância, mas ineficazes por serem também inferiores às vantagens esperadas pelo delinquente com a prática do delito; e, (iv) fatos que produzem danos sociais com penas inferiores ao custo de sua tolerância, mas não com as menores possíveis (noção de subsidiariedade)<sup>344</sup>, olvidando dos objetivos legitimamente pretendidos (i.e. tutela de bens jurídicos, prevenção de delitos, garantia dos direitos individuais), indispensável se faz a análise das estratégias político-criminais, com relação aos incentivos estabelecidos e consequências produzidas. Daí as importantes contribuições da Análise Econômica do Direito.

---

<sup>344</sup> Por motivos de “*irracionalidade, emotividade, razões psicossociais de vingança, interesses políticos em aparentes soluções a curto prazo (caso do Direito Penal simbólico)*”. Cf. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 10 e 39.

## 5 ANÁLISE ECONÔMICA DA POLÍTICA CRIMINAL NO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

### 5.1 TRIBUTAÇÃO, SOLIDARIEDADE, CIDADANIA FISCAL E CONTROLE

Os tributos – cujo dever fundamental de pagamento<sup>345</sup> surge com a própria noção moderna de cidadania, compreendida como “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres”<sup>346</sup> – concretizam a ideia de solidariedade social ao longo de toda a evolução do Estado Fiscal<sup>347</sup>, não obstante assumam especial relevância no Estado Fiscal Social. Isso porque, embora o Estado Liberal seja predominantemente caracterizado pela cidadania passiva e o dever de pagar tributos esteja intimamente associado à existência e ao funcionamento econômico do Estado<sup>348</sup> – responsável pela realização, manutenção e garantia dos direitos e liberdades individuais, mas neutro econômica e socialmente –, pelo simples fato de alguns contribuintes suportarem, de acordo com a sua capacidade contributiva, “a totalidade dos serviços públicos que beneficiam todos os cidadãos, contribuintes ou não”<sup>349</sup>, ainda que a máquina administrativa seja mínima, evidencia-se a solidariedade social.

Entretanto, é com o advento do Estado Social que o pagamento de tributos passa a estar relacionado à “existência de dada sociedade e não com a existência do próprio estado”<sup>350</sup>, isto é, os tributos e o próprio Direito Tributário passam a almejar uma mudança da realidade social,

---

<sup>345</sup> Nas palavras de TORRES: “tributo é dever fundamental estabelecido na Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais. Transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional. O dever de pagar tributos é correspectivo à liberdade e aos direitos fundamentais: é por eles limitado e ao mesmo tempo lhes serve de garantia, sendo por isso o preço da liberdade”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania fiscal múltipla. In: REZENDE, Condorcet. **Estudos Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 471-472. Do mesmo autor vide: TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 318). Sobre a teoria dos deveres fundamentais vide, NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. Sobre a aplicabilidade da tese de NABAIS no ordenamento jurídico brasileiro e uma crítica ao suposto aumento do poder de fiscalização, cf. GIANNETTI, Leonardo Varella. **O dever fundamental de pagar tributos e suas possíveis consequências práticas**. 2011. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

<sup>346</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 316.

<sup>347</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 127.

<sup>348</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 102.

<sup>349</sup> NABAIS, op. cit., p. 128.

<sup>350</sup> Id. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 103.

em busca dos objetivos eleitos pela sociedade. Por esta razão, não só a tributação é alargada pela ampliação dos serviços prestados pelo Estado, como passa a instrumentalizar a intervenção do Estado na economia, por meio de tratamento fiscal diferenciado para setores da sociedade civil que perseguem fins de interesse social e da redistribuição de rendimentos – utilizando-se da fiscalidade –, ou da direção de condutas para que se alinhem com objetivos econômicos e sociais – recorrendo à extrafiscalidade<sup>351</sup>.

Portanto, no Estado Social, a cidadania solidária<sup>352</sup> remete à existência de um novo papel do cidadão, caracterizado por deveres fundamentais que são, em certo sentido, deveres para com a realização de valores assumidos pela comunidade e para a comunidade<sup>353</sup>. O Estado é, neste sentido, “instrumento ‘instituído’ pela sociedade civil para viabilizar direitos e deveres individuais e coletivos, sociais e políticos previamente enumerados”<sup>354</sup>. Disso decorre que o Estado tem o direito de cobrar tributos para viabilizar o seu dever de prestar serviços públicos em consonância com os objetivos e prioridades eleitos pela sociedade. Já o cidadão tem o dever de pagar os tributos e o direito de exigir e receber do Estado os benefícios na forma de serviços públicos prestados com qualidade.

Nesta nova conjuntura, a solidariedade não se dá por uma relação de subordinação, mas requer uma cooperação, uma atuação conjunta de todos os cidadãos, motivo pelo qual, não só existem direitos e deveres entre os indivíduos e o Estado, mas também direitos e deveres entre os próprios cidadãos<sup>355</sup>. Logo, “a nenhum membro da comunidade pode ser permitido excluir-se de contribuir para o suporte financeiro da mesma”, o que significa que cada contribuinte tem, simultaneamente, “um dever, o dever de contribuir para a comunidade que integra, e um direito, o direito de exigir que todos os outros membros da comunidade também contribuam para a mesma comunidade”<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 129-133.

<sup>352</sup> A *cidadania solidária* consiste, pois, em uma terceira etapa de afirmação da cidadania. A primeira, caracterizadora do Estado liberal, corresponderia à *cidadania passiva*, compreendida como aquela na qual o cidadão, preocupado fundamentalmente com a proteção dos direitos e liberdades individuais, “deixa a criação do direito e a sua execução administrativa ao cuidado de políticos profissionais”. A segunda estaria relacionada à afirmação do Estado democrático e, portanto, à concretização dos direitos políticos por meio da *cidadania ativa* ou *participativa*. Por fim, a terceira, caracterizar-se-ia pela assunção, pelo cidadão, de “encargos, responsabilidades e deveres”, isto é, pela assunção do papel de protagonista ativo na vida pública para a concretização de objetivos comuns a todos os membros da comunidade, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Cf. *Ibid.*, p. 124-125.

<sup>353</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 101.

<sup>354</sup> GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: \_\_\_\_; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 171.

<sup>355</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 254.

<sup>356</sup> NABAIS, op. cit., p. 135.

Sob uma perspectiva da cidadania passiva ou democrática, esse direito de exigência do cumprimento se dá por meio do Estado que, através da administração tributária, “verifica o cumprimento das obrigações tributárias, praticando, quando for o caso, os atos tendentes a deflagrar a cobrança coativa”<sup>357</sup>, e também reprime administrativa e penalmente as condutas consideradas fraudulentas. Entretanto, a cidadania fiscal, entendida em sua plenitude, confere ao cidadão um papel ativo no exercício de seu direito-dever de “exigir que demais membros da comunidade sejam constituídos em destinatários do dever de pagar tributos, bem como sejam efetivamente obrigados ao cumprimento do mesmo”<sup>358</sup>, não se reduzindo a mera sujeição aos impostos por quem efetivamente os paga, ou à falta de civismo dos fugitivos fiscais<sup>359</sup>.

A cidadania fiscal requer, portanto, uma verdadeira participação na arrecadação tributária, que não se dá apenas por meio do voto e da escolha daqueles representantes que, por lei, definirão os tributos a serem cobrados. Ela também reclama um efetivo controle das políticas de incentivos e benefícios fiscais<sup>360</sup> e do cumprimento do dever de pagamento pelos demais membros da comunidade<sup>361</sup>. O exercício desse direito-dever por parte dos cidadãos gera consequências favoráveis de ordem prática, que beneficiam a própria administração tributária.

Destaque-se que não apenas em consequência do fracasso do modelo restrito à proibição/permissão, mas em virtude da necessidade de perseguição de novos fins impostos ao Estado, como de promoção e estímulo a comportamentos socialmente desejáveis, novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais, se fazem necessárias. E, à medida

---

<sup>357</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 395.

<sup>358</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 135.

<sup>359</sup> Conforme destaca NABAIS, a cidadania fiscal adquire potencialidade quando garantidos, por exemplo, “meios procedimentais e processuais, como o reconhecimento de legitimidade ativa aos contribuintes para impugnarem administrativa e judicialmente os atos de não-tributação ou de tributação menor ilegais”, o que se consubstancia, segundo o autor, “na atribuição de uma ação popular a favor dos contribuintes, mais especificamente dos contribuintes que se apresentem como contribuintes efetivos no imposto a que a impugnação diga respeito”, podendo, inclusive, “associar à referida ação popular uma certa recompensa a favor do autor popular, uma recompensa a concretizar na atribuição a este de uma percentagem da receita fiscal recuperada na correspondente impugnação”. Cf. *Ibid.*, p. 136.

<sup>360</sup> ZINGALES destaca a importância do *enforcement* no controle de subsídios injustamente obtidos por grandes empresas, mediante lobby e justificativas sociais sedutoras. Para o autor, mecanismos de controle pelo povo garantiriam “a qualquer cidadão o direito de processar a indústria subsidiada em nome do Estado e obter a restituição do subsídio injusto, retendo para si uma comissão – de 15% ou 20%, por exemplo. O sistema teria como base as ações *qui tam*, nas quais um indivíduo que auxilia a promotoria pode receber uma parte das multas aplicadas”. Cf. ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015, p. 190, 192-200.

<sup>361</sup> Neste sentido merecem destaque os programas de incentivo à cidadania fiscal que criam mecanismos para que os cidadãos possam contribuir para um modelo baseado na obediência legal (*compliance*) em conjunto com os tradicionais mecanismos de dissuasão (*deterrence*). Por meio da intervenção promocional, os programas de estímulo à cidadania fiscal buscam a cooperação dos consumidores na fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias (acessória e principal) por parte dos fornecedores.

que o direito deixa de se circunscrever ao proibir e ao permitir (passando a contemplar também a promoção e o estímulo), a compreensão sobre o comportamento dos destinatários das normas se faz cada vez mais importante. Por um lado, o ordenamento pode impedir/reprimir uma ação não desejada, tornando-a *impossível, difícil* ou *desvantajosa* e, por outro, pode promover a ação desejada, tornando-a *necessária, fácil* e *vantajosa*<sup>362</sup>. Logo, a forma de resposta a diferentes estímulos é determinante para a escolha de estratégias regulatórias à disposição do Estado (ex: repressão, persuasão, ajuda), tipos de sanções alternativas à clássica sanção negativa, bem como diferentes técnicas de controle social. Essa compreensão deve abranger, inclusive, o comportamento de terceiros, pois técnicas de regulação podem não apenas produzir efeitos reflexos indesejáveis, mas podem atuar de forma indireta, influenciando comportamentos de destinatários imediatos para que alterem comportamentos de destinatários mediatos.

A partir das premissas aqui apontadas – especificamente, do dever fundamental de pagar tributos<sup>363</sup>, do estímulo ao exercício da cidadania fiscal e da importância da intervenção do Estado por meios alternativos aos tradicionais mecanismos de prevenção e repressão fundamentados na dissuasão – é que deve ser analisada e criticada à atual Política Criminal no Direito Penal Tributário.

## 5.2 EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

No ano de 2015, estima-se que a carga tributária tenha alcançado 32,66% do PIB<sup>364</sup>, que o estoque da dívida dos contribuintes tenha chegado a 37,60% do PIB (cerca de 109,91% da arrecadação)<sup>365</sup> e que a sonegação tenha sido correspondente a 7,7% do PIB (cerca de 23,2% da arrecadação)<sup>366</sup>. Esses dados demonstram o quanto a violação do dever fundamental de pagar

<sup>362</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manoele, 2007, p. 7.

<sup>363</sup> Cf. FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206-210.

<sup>364</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Carga Tributária no Brasil**: análise por tributos e bases de incidência. Brasília, setembro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/13LCfF>>. Acesso em: 05 fev. 2017, p. 1.

<sup>365</sup> Segundo a Estimativa do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, pela primeira vez o estoque da dívida dos contribuintes teria ultrapassado a arrecadação anual da União, Estados e Municípios. IBPT. **Dívida dos contribuintes ultrapassa a arrecadação nacional**. Disponível em: <<https://goo.gl/gSI054>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>366</sup> SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil** – Uma estimativa do desvio da arrecadação do Exercício de 2015. Brasília/DF: junho de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Qs14s6>>. Acesso em: 05 fev. 2017. O estudo levou em consideração dados preliminares de arrecadação, estimando uma Carga Tributária Bruta brasileira (CTB) de 33,1% do PIB. Destaca-se também a estimativa elaborada em 2011 pelo *Tax Justice Network*, a partir dos dados do Banco Mundial, na qual o Brasil figurou em segundo lugar na lista dos países com maior sonegação fiscal no

tributos é prejudicial ao desenvolvimento socioeconômico, seja pela via da inadimplência, seja pela via da evasão<sup>367</sup>.

Dentre as estimativas apontadas, a que procura avaliar o desvio de arrecadação por violação ilícita da obrigação tributária<sup>368</sup> conta com maiores dificuldades. Várias são as abordagens utilizadas e todas elas apresentam problemas comuns: escassez de dados e baixa confiabilidade<sup>369</sup>. Na grande maioria, infere-se o nível ou a tendência da evasão a partir de dados agregados como a demanda por moeda, a renda nacional ou o PIB.

O indicador estimado médio de evasão (sonegação) correspondente a 23,2% da arrecadação (o que equivale a R\$ 453,0 bilhões ou 7,7% do PIB de 2015), foi apontado pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ) e encontrado a partir dos dados de arrecadação dos tributos brasileiros divulgados pelos órgãos públicos e de dados de evasão por tipo de tributo, extraídos de estudos acadêmicos<sup>370</sup>. Contudo, face à metodologia

---

mundo, com um valor estimado em US\$ 280 bilhões, o equivalente a R\$ 616 bilhões, ou 13,4% do PIB. Cf. NETWORK, Tax Justice. **The cost of tax abuse**: A briefing paper on the cost of tax evasion worldwide. The Tax Justice Network, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/CqpMO>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

<sup>367</sup> Conforme destaca EISELE, na *evasão tributária*, o contribuinte se utiliza de comportamento *ilícito* para evitar, reduzir ou retardar o recolhimento do tributo. Esse comportamento ilícito (*infração tributária*) pode ou não ser qualificado pelo emprego de *meio fraudulento*. Caso a fraude (também definida no artigo 72 da Lei nº 4.502/64) consista em um meio específico, mediante o qual o sujeito procura eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, tem-se a *sonegação* (conduta criminalizada no artigo 1º, Lei nº 4.729/65, atualmente tipificada no artigo 2º, inciso I, da Lei 8.137/90). Caso a *fraude* empregada corresponda a alguma das condutas instrumentais tipificadas em lei, por meio das quais o agente logre reduzir ou suprimir a quantia devida a título de tributo, tem-se *crime tributário* material. Portanto, o termo *evasão tributária* compreende as infrações tributárias (*ilícito administrativo tributário*), a *sonegação* e os crimes tributários (*ilícito penal tributário*). Cf. EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 22-23.

<sup>368</sup> Conforme pontua GRAU “a obrigação – tomando o vocábulo em sentido estrito – supõe uma situação de dever, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de dever transcende o âmbito do direito das obrigações; há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g. com relação ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes” [...] “neste sentido, estrito, a obrigação ‘consustancia’ um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação. A obrigação consustancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. [...] De outra parte, diz-se também constituir, a *obrigação*, um *direito pessoal*, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito”. Cf. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, disponível em: <<https://goo.gl/mMXMbc>>. Acesso em: 09 fev. 2017, p. 179, grifo do autor.

<sup>369</sup> Vide os métodos de mensuração em: SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil** – Uma estimativa do desvio da arrecadação do Exercício de 2015. Brasília/DF: junho de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Qs14s6>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>370</sup> Os estudos utilizados para a obtenção dos dados de evasão foram: AMARAL, Gilberto Luiz do *et al.* **Estudo sobre sonegação fiscal das empresas brasileiras**. Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/0DiFjD>>. Acesso em: 05 fev. 2017; PAES, Nelson Leitão. O hiato tributário do imposto sobre produtos industrializados – evidências setoriais. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 11, n. 2, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/R5mwFT>>. Acesso em: 05 fev. 2017; SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. Evasão fiscal do imposto sobre a renda: uma análise do comportamento do

adotada possui inúmeras limitações – conforme apontado nas próprias conclusões<sup>371</sup> –, uma vez que herda todas as deficiências dos trabalhos nos quais se apoiou, dentre as quais se destaca o enviesamento amostral.

A dificuldade na determinação de um índice de evasão reside, principalmente, na impossibilidade de se tomar conhecimento de todas as variáveis que definem a base tributária (rendas, vendas, prestações de serviço, dentre outras) atreladas à informalidade (ou Economia Subterrânea). Esta movimentou R\$ 957 bilhões de reais (ou 16,2% do PIB brasileiro<sup>372</sup>) em 2015, segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) em conjunto com o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV).

Ademais, em termos econômicos, a perda da arrecadação pode ser decorrente não apenas da evasão como também da elisão fiscal, compreendida como “a atividade de escolha dos comportamentos, dentre as opções permitidas por lei para a redução da carga tributária”<sup>373</sup>. A elisão pode ser lícita ou agressiva, e a distinção entre elas é por demais complexa, o que “aumenta a dificuldade de interpretar as implicações reais do ‘*tax gap*’”<sup>374</sup>.

Inobstante essa dificuldade na mensuração – do que seja mera inadimplência e do que seja correspondente à elisão fiscal agressiva e evasão –, em virtude da própria dinamicidade da economia e das diferentes e alternativas estratégias adotadas pelos sujeitos passivos, a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), destaca que “frear a evasão e a sonegação fiscal, assim como os fluxos ilícitos, é um requisito central para potencializar a mobilização dos recursos financeiros necessários para o avanço nos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”<sup>375</sup>. Segundo estudo da comissão regional das Nações

contribuinte ante o sistema impositivo brasileiro. **Economia aplicada**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 3, p. 399-424, set. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>371</sup> Cf. SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil** – Uma estimativa do desvio da arrecadação do Exercício de 2015. Brasília/DF: junho de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Qs14s6>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>372</sup> O Índice de Economia Subterrânea – que corresponde à produção de bens e serviços deliberadamente não reportada ao governo para sonegar impostos, evadir contribuições para a seguridade social, driblar o cumprimento de leis e regulamentações trabalhistas e evitar custos decorrentes das normas aplicáveis a cada atividade – é calculado pela *média* de dois importantes indicadores da Economia: (i) elevação da demanda por moeda em virtude do aumento da proporção de trabalhadores sem carteira e da elevação da tributação (método monetário); média entre o percentual de trabalhadores informais e o percentual da renda do trabalho que é informal (trabalho informal). Cf. ETCO. **Índice da Economia Subterrânea**. Disponível em: <<https://goo.gl/DU9Nlr>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

<sup>373</sup> EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 22.

<sup>374</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017, p. 558.

<sup>375</sup> ONU. Brasil. **Combate à sonegação fiscal é essencial para financiar metas da ONU, diz CEPAL**. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/CYrHGL>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

Unidas, publicado em 2016, a evasão constitui um dos principais pontos débeis<sup>376</sup> dos sistemas tributários nas economias da América Latina e do Caribe<sup>377</sup> e o seu combate requer “mudanças administrativas e, sobretudo, melhorias nos fatores estruturais, dados os elevados níveis de informalidade, pobreza e desigualdade socioeconômica, a pobre qualidade institucional e a escassa consciência e educação fiscal dos contribuintes”<sup>378</sup>.

As respostas estatais para os problemas da inadimplência, evasão e elisão fiscal devem ser diferenciadas, embora não desprovidas de uma visão em complexidade. Isso porque, o hiato tributário que se dá em virtude das diferenças entre os pagamentos efetivos e a obrigação legalmente prevista não corresponde exatamente à “quantidade de receita adicional que seria coletada por uma imposição mais restrita, pois uma imposição perfeita afetaria significativamente o cenário econômico”<sup>379</sup> podendo, inclusive, diminuir o rendimento líquido esperado. As estratégias adotadas pelo poder público alteram os incentivos (*payoffs*), modificando substancialmente os comportamentos dos sujeitos passivos e, por consequência, a base tributária. Daí a imprescindibilidade de estudos que avaliem a forma como a desobediência tributária afeta o pagamento real de impostos pelos indivíduos e vice-versa, bem como os custos e benefícios envolvidos nas distintas estratégias adotadas, voltadas à obtenção da obediência fiscal voluntária ou forçada.

---

<sup>376</sup> Os outros problemas apontados pelo estudo consistem: (i) na baixa carga tributária comparada ao nível de desenvolvimento (com exceção da Argentina, Bolívia, Brasil, Nicarágua e Uruguai), (ii) na nulidade da progressividade, tendo em vista que uma das características fundamentais dos regimes tributários da América Latina é uma elevada proporção de impostos indiretos sobre bens e serviços, marcadamente regressivos e que contribuem para o aumento da pobreza das classes mais baixas, (iii) na debilidade do imposto de renda sobre as pessoas físicas como instrumento de redistribuição; e (iv) na multiplicação de incentivos e isenções tributárias pelas autoridades, com a esperança (muitas vezes vã) de estabilizar a demanda agregada e controlar os efeitos das recessões sobre o emprego e de atrair investimentos estrangeiros diretos. Cf. CEPAL. **Estudio Económico de América Latina y el Caribe**. Santiago, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/s6pFKf>>. Acesso em: 05 fev. 2017, p. 104-110.

<sup>377</sup> Conforme apontado no estudo: “*la CEPAL estima que el incumplimiento asciende a un monto equivalente a 2,4 puntos del PIB en el caso del IVA y 4,3 puntos del PIB en el caso del impuesto sobre la renta, lo que suma un total de 340.000 millones de dólares en 2015 [...]. En promedio, los países de América Latina pierden más del 50% de sus ingresos por concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas (un 31,0% en Chile, un 32,6% en el Perú, un 36,3% en El Salvador, un 38,0% en México, un 49,7% en la Argentina, un 58,1% en el Ecuador y un 69,9% en Guatemala). En la región, la elusión endémica de los impuestos no se limita al impuesto sobre la renta de las personas físicas. Los impuestos sobre la renta corporativa y el IVA también exhiben elevados niveles de evasión, aunque con diferencias entre los diferentes países. El nivel de evasión corporativa del impuesto sobre la renta va, según las estimaciones, de un 26,6% en el Brasil a un 65% en Costa Rica y el Ecuador. Conviene destacar que estas estimaciones están basadas en datos de cuentas nacionales y, por lo tanto, no distinguen las pérdidas derivadas de prácticas agresivas de planificación tributaria ni de precios de transferencia, que reducen artificialmente el nivel de beneficios registrados en la economía*”. Cf. *Ibid.*, p. 107.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 108, tradução nossa.

<sup>379</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017, p. 557.

### 5.3 POLÍTICA CRIMINAL E SUA APROXIMAÇÃO COM AS ESTRATÉGIAS ARRECADATÓRIAS

A Política Criminal, como espécie de política pública, pressupõe a identificação dos efeitos não desejados – crimes – e, a partir disso, a procura por uma resposta jurídica adequada para evitá-los e reprimi-los.

As condutas potencialmente lesivas à *arrecadação tributária*, indispensável para a implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana e consecução dos objetivos previstos na Constituição – sob esta perspectiva, apontada pela doutrina como um bem jurídico-penal *merecedor de pena*<sup>380</sup> – estão previstas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária) e artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária), 334 (descaminho) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal.

As tipificadas nos artigos 1º, *caput*, incisos I a IV<sup>381</sup> e artigo 2º, incisos II e IV<sup>382</sup> da Lei nº 8.137/90, bem como os artigos 168-A e 337-A<sup>383</sup> do Código Penal, são materiais e se

<sup>380</sup> Nas palavras de ESTELLITA, “a *arrecadação tributária*, porém, entendida como *instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais*, representa um valor superindividual, com relevância constitucional e indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto, portanto, a ser tutelado com o emprego da sanção penal, ou seja, sob o ângulo do *merecimento de pena*”. Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188, grifo do autor. Vide também: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei nº 8.137/90) e no direito estrangeiro**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 37-54. O bem jurídico tutelado pelos tipos penais tributários, entretanto, não é um tema pacífico na doutrina. A título exemplificativo: ANDRADE FILHO, sustenta que o bem jurídico tutelado consiste no *patrimônio público* (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 255), SOUSA entende que se tutela os *ingressos fiscais* (SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador**. Coimbra: Coimbra, 2006), DIAS defende que se trata do *processo de arrecadação e distribuição de receitas* (DIAS, Fábio Freitas. **Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de estado social e democrático de direito**. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113), ANDRADE entende que se trata da *confiança fiscal* (ANDRADE, Manuel da Costa. **A fraude fiscal: dez anos depois ainda um “crime de resultado cortado”?** In: RODRIGUES, Anabela Miranda *et al.* **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2009); MONTE defende que consiste na *função do tributo* (MONTE, Mário Ferreira. **Da legitimação do direito penal tributário: em particular, os paradigmáticos casos de facturas falsas**. Coimbra: Coimbra, 2007).

<sup>381</sup> Por expressa previsão da Súmula Vinculante 24. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 24**. Data de aprovação 02.12.2009, Diário Oficial da União 11.12.2009, p. 1.

<sup>382</sup> Conforme destaca ESTELLITA, “com o desfrute indevido do incentivo fiscal, o que se dá, em última análise, é o inadimplemento da obrigação principal de pagar o tributo”. Trata-se, portanto, de crime material apenado de forma mais branda que os crimes do artigo 1º, em virtude do menor desvalor da ação, já que não estaria presente a exigência de fraude para a adequação típica. Cf. ESTELLITA, Heloisa. **Tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 211.

<sup>383</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 3102/MG**. Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25.4.2013, DJe 19.9.2013.

consumam com a *supressão* ou *redução* do tributo ou contribuição social. Nas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e artigo 337-A do Código Penal, é indispensável o emprego de condutas instrumentais *fraudulentas* especificadas nos incisos dos respectivos artigos<sup>384</sup>. Já nas hipóteses do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 e art. 168-A do Código Penal, a consumação opera com o *não recolhimento* de tributo ou contribuição previdenciária devido/a pelo agente de retenção<sup>385</sup>, o que configura, salvo entendimentos contrários, “simples descumprimento de obrigação principal de pagar tributo”<sup>386</sup>.

Os crimes tipificados no artigo 1º, inciso V<sup>387</sup> e parágrafo único<sup>388</sup> da Lei n.º 8.137/90, artigo 2º, I, III e V<sup>389</sup> da Lei n.º 8.137/90 e art. 334 do Código Penal<sup>390</sup>, são formais e independem do resultado, sendo que o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 descreve de forma autônoma a conduta que consiste na tentativa de prática do fato tipificado no artigo 1º, *caput* e que corresponde – embora com estrutura formal diversa e com previsão mais ampla – à hipótese anteriormente prevista no artigo 1º da Lei nº 4.729/65, denominada *sonegação fiscal*.

---

<sup>384</sup> São condutas caracterizadoras, portanto, de *evasão tributária*, compreendida como supressão ou redução *ilícita* de tributos.

<sup>385</sup> Razão pela qual ficaram popularmente conhecidas como “apropriação indébita tributária”.

<sup>386</sup> ESTELLITA, op. cit., p. 215.

<sup>387</sup> Por exclusão da Súmula Vinculante 24.

<sup>388</sup> ESTELLITA assevera que a conduta descrita no parágrafo único do artigo 1º corresponde a mero descumprimento de obrigação acessória, não possuindo relevância constitucional própria que autorize tutela penal autônoma, razão pela qual é inconstitucional. Cf. ESTELLITA, op. cit., p. 209-210.

<sup>389</sup> No que diz respeito ao inciso V do artigo 2º da Lei 8.137/90, ESTELLITA diferencia as duas modalidades de conduta previstas argumentando que: “quanto à hipótese de programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública, trata-se, quando muito, de hipótese de perigo indireto para o bem jurídico tutelado, cuja tutela deve-se restringir a sanções não restritivas de liberdade ou à sanção administrativa. Nesse caso, a pena restritiva de liberdade é desproporcional ao perigo causado, incidindo o legislador em excesso punitivo com a consequente quebra do princípio da proporcionalidade. Quanto à hipótese de divulgação de tais programas, não há ofensa ao bem jurídico tutelado da arrecadação tributária e a norma incriminadora é, sob esse ângulo, inadmissível”. Cf. Ibid., p. 212.

<sup>390</sup> Quanto à inaplicabilidade da Súmula Vinculante 24 ao crime de descaminho, bem como à ausência de previsão de causa de extinção da punibilidade com relação a essa modalidade delitiva, vide as críticas lançadas por SCANDELARI, Gustavo Britta. **O crime tributário de descaminho**. Porto Alegre: Magister, 2013. No mesmo sentido: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro** (Lei nº 8.137/90) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 88-89.

Interessam ao presente estudo as condutas que reduzem ou suprimem a “quantia exigida a título de tributo”<sup>391</sup>, de forma fraudulenta<sup>392</sup>, tendo em vista a função que esta fonte de receita pública derivada desempenha no Estado Democrático e Social de Direito<sup>393</sup>.

Com relação a essas condutas que causam um dano imediato à arrecadação tributária exige-se, primeiramente, o esgotamento da via administrativa e, conseqüentemente, o lançamento definitivo do crédito tributário<sup>394</sup> para a conformação típica e, conseqüentemente, existência de justa causa para Ação Penal. Por outro lado, a Política Criminal, por questões de oportunidade e conveniência, busca a satisfação do crédito tributário, estimulando o pagamento do débito tributário como forma de afastar a intervenção do Direito Penal, mediante o instituto da extinção da punibilidade<sup>395</sup>.

### 5.3.1 Prévio esgotamento da via administrativa

O Processo Administrativo Fiscal é prévio à Ação Penal por evasão tributária e lhe serve de supedâneo. Embora a denúncia não esteja condicionada à representação da autoridade fiscal<sup>396</sup>, faltarão justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no artigo 1º,

---

<sup>391</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208.

<sup>392</sup> Neste sentido, enfatiza SÁNCHEZ RIOS: “a ‘conduta fraudulenta’ espelha a razão-fim do legislador ao desvalorar a ação do injusto, não o esgotando tão-só com a infração dolosa do dever extra-penal”. Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT’ANNA, Carlos Soares (Org.). **Direito Penal Tributário**. 1ed. São Paulo: MP Editora, 2005, v. 1, p. 379-398.

<sup>393</sup> Conforme destaca SÁNCHEZ RIOS, “a justificação do crime fiscal encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública da arrecadação), acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos. Este bem jurídico, ‘representado’ nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais, justifica amplamente sua criminalização”. Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei nº 8.137/90) e no direito estrangeiro**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 50.

<sup>394</sup> De acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes termos: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 24**. Data de aprovação 02.12.2009, Diário Oficial da União 11.12.2009, p. 1.

<sup>395</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Vide também: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>396</sup> A ação penal nos crimes contra a ordem tributária é de iniciativa pública incondicionada, não se exigindo prévia condição legal, como representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o artigo 83 da Lei 9.430/96 não condicionou a legitimação do Ministério Público à representação fiscal para fins penais, não impedindo, à vista do que dispõe o art. 129, I, VI e VIII da CF, a atuação do Ministério Público Federal. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1571 MC/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.1997, DJ 25.09.1998.

incisos I a IV, da Lei 8.137/90, enquanto não houver lançamento definitivo do crédito tributário<sup>397</sup>.

Trata-se, evidentemente, de uma decorrência lógica da incidência da lei penal não sobre comportamentos ou fatos, mas sobre fatos regulados antes pela lei tributária (relação de *superposição*<sup>398</sup> da lei penal diante da lei tributária), do que se extrai que “não pode existir crime tributário de qualquer espécie que, simultaneamente, não configure transgressão do dever tributário, ilícito fiscal”<sup>399</sup>. A recíproca, entretanto, não é verdadeira, já que para a configuração de um crime tributário se faz indispensável “a prática dolosa de ações ou omissões descritas na lei penal, específicas, e não somente o não recolhimento dos tributos devidos”<sup>400</sup>, de modo que “poderá haver infringência de norma tributária (não pagamento de tributo, ou pagamento insuficiente), [...] sem que, entretanto, ocorra fato delituoso”<sup>401</sup>.

Do exposto, primeiramente se conclui que, para a conformação típica dos crimes de dano, faz-se imprescindível a existência de um efetivo direito de crédito da Fazenda. Esse *crédito tributário* decorre da obrigação principal (pagamento do tributo e/ou da penalidade pecuniária)<sup>402</sup>, competindo à autoridade administrativa constituí-lo pelo lançamento, assim

---

<sup>397</sup> BADARÓ entende ser equivocado o enunciado da Súmula Vinculante 24. Segundo o autor, “o problema não é de tipicidade ou punibilidade, mas existência de prova de um dos elementos do crime”. Tendo em vista que predomina no ordenamento e na realidade tributária brasileira o lançamento por homologação (artigo 150, do Código Tributário Nacional), assim compreendido como aquele se opera pelo ato da autoridade que, tomando conhecimento da atividade do contribuinte de cálculo e antecipação do pagamento, promove a homologação expressa ou, sem se pronunciar, deixa transcorrer o prazo de cinco anos (homologação tácita), o processualista entende que a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado ocorre no momento em que o sujeito passivo, agindo de forma comissiva ou omissiva, prestando informações falsas, omitindo informações, inserindo dados inexatos ou adulterando notas fiscais, faturas, duplicatas, etc., reduz ou suprime o valor do tributo, por ocasião do cumprimento do dever de cálculo e pagamento que lhe é atribuído por lei. O posterior lançamento definitivo do tributo, nesse sentido, somente comprovaria a lesão já ocorrida e seria indispensável para conferir justa causa à ação penal, nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Cf. BADARÓ, Gustavo. Do chamado “Lançamento definitivo do crédito tributário” e seus reflexos no Processo Penal por crime de sonegação fiscal. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 263-291, jan./mar. 2016.

<sup>398</sup> ATALIBA, Geraldo. Mesa de Debates: Direito Penal Tributário. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, nº 64, p. 28-31, [1995?], p. 29 e 30. Conforme destaca SÁNCHEZ RIOS, “o efeito destas conclusões, de ‘norma penal em branco’ e da lei tributária como ‘subposição’ em relação à lei penal, no nosso ponto de vista, conduz à reivindicação de uma medida prática: o prévio esgotamento da via administrativa”. Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 23.

<sup>399</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 442.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> *Ibid.*

<sup>402</sup> Nos termos do Código Tributário Nacional: art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível (artigo 142, do Código Tributário Nacional).

Considerando-se que o pagamento do tributo decorre de um fato *lícito* (ocorrência de um fato imponível), e o pagamento da penalidade pecuniária de um fato *ilícito* praticado pelo sujeito passivo da obrigação tributária (descumprimento do dever jurídico-tributário de pagar tributo e/ou descumprimento de uma obrigação acessória), por vezes, em um mesmo documento denominado *auto de infração*, tem-se, de um lado, o lançamento exigindo o tributo e, de outro, aplicação da penalidade, pelo fato de o sujeito passivo não ter recolhido, em tempo hábil, a quantia pretendida pela Fazenda ou ter descumprido obrigação acessória ensejadora de sanção pecuniária<sup>403</sup>. Portanto, no auto de infração<sup>404</sup> a autoridade apurará o valor do tributo (lançamento) e da penalidade (auto de infração próriamente dito) e notificará o sujeito passivo para que promova o pagamento do tributo (notificação do lançamento) e da penalidade (notificação do auto de infração) em determinado prazo. O sujeito passivo poderá concordar com a autuação e quitar o crédito – extinguindo-o –, parcelá-lo – o que implica em reconhecimento incondicional da infração e do crédito tributário –, ou apresentar defesa administrativa, dando início à fase litigiosa do processo administrativo fiscal.

É na instância própria, altamente especializada na matéria tributária, por ocasião do exercício da fiscalização tributária e da constituição do crédito por meio do lançamento, que na grande maioria das vezes<sup>405</sup> são identificados atos ou fatos que, além de caracterizarem ilícito administrativo tributário, em tese, configuram crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social (ilícito penal tributário). A autoridade administrativa, nesses casos, tem a obrigação legal de formalizar representação fiscal para fins penais<sup>406</sup>, que será encaminhada ao

---

<sup>403</sup> ESTELLITA, Heloisa. **Tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 158-160.

<sup>404</sup> Os autos de infração deverão conter, no âmbito federal, os elementos previstos no artigo 10 do Decreto 70.235/1972.

<sup>405</sup> Não se pode olvidar que o procedimento fiscal pode ser motivado por informações oriundas do Ministério Público e das polícias – civil ou federal – que, ao tomarem conhecimento da possível prática de um ilícito tributário e penal, deverão comunicar imediatamente a autoridade fazendária competente pela fiscalização da escrita fiscal ou contábil dos contribuintes, pela verificação da ocorrência do fato gerador e da adequação dos respectivos lançamentos e recolhimentos, pelo lançamento de eventuais tributos, multas e outros acréscimos.

<sup>406</sup> Sobre a representação fiscal para fins penais, vide artigo 83 da Lei nº 9.430/96 e suas alterações por meio da Medida Provisória nº 497/2010, da Lei nº 12.350/2010 e da Lei nº 12.382/2011. Vide também: Decreto nº 2.730/1998 e Portaria RFB nº 2439/2010.

órgão competente para a persecução penal *após a decisão final* na esfera administrativa sobre a exigência do crédito tributário.

Esse marco correspondente ao efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo é de suma importância, tendo em vista que causas extintivas e supervenientes ao nascimento da *obrigação tributária* poderão afastar a configuração de ilícitos tributários e, conseqüentemente, ilícitos penais tributários. Isso porque, conforme destaca DERZI, “a lei brasileira não considera delituosa a conduta do contribuinte de manter omissa ou desatualizada a escrita, ou de não serem emitidos corretamente os documentos fiscais, se o tributo foi pago ou não há tributo a pagar”<sup>407</sup>, do que decorrem inúmeras possibilidades hábeis a afastar a intervenção do Direito Penal, descartando-se dentre elas: (i) *denúncia espontânea* apresentada antes de qualquer procedimento ou medida de fiscalização com o respectivo pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou o depósito da quantia supostamente devida, mas que requer apuração<sup>408</sup>; (ii) a *retificação*, notificação da existência de diferença a maior e concomitante quitação, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados a menor e integralmente recolhidos, hipótese que admite os benefícios da denúncia espontânea, conforme entendimento jurisprudencial<sup>409</sup>; (iii) a concordância e o conseqüente pagamento ou parcelamento do crédito tributário após a notificação de autuação. Portanto, inúmeras circunstâncias poderão interferir na existência do crédito tributário, relacionadas tanto à existência do fato imponible, quanto ao descumprimento do dever jurídico-tributário de pagar tributo e/ou descumprimento de uma obrigação acessória, que poderão ser discutidas não apenas no âmbito do processo administrativo, mas também submetidas à apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

---

<sup>407</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Doutrinas essenciais: direito penal**. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 445.

<sup>408</sup> Nos termos do Código Tributário Nacional: art.138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

<sup>409</sup> Entende-se que, “a denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente” (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.149.022/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 24.6.2010). Por outro lado, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco não se caracteriza denúncia espontânea (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 360**. Data de aprovação 27.8.2008, DJe 8.9.2008, ed. 210).

A responsabilização criminal, neste sentido, não é uma consequência *certa e imediata* da prática fraudulenta de supressão ou redução de pagamento de tributo. A detecção e a punição, tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, estão diretamente associadas à eficiência das autoridades administrativas em matéria de fiscalização e autuação dos potenciais contribuintes evasores. Além disso, as consequências que poderão advir de uma possível detecção estão associadas antes às sanções administrativas pelo descumprimento da obrigação tributária principal e dos deveres formais e instrumentais (multa de mora ou de ofício<sup>410</sup>, perdimento de mercadorias, submissão a regime especial de fiscalização, negativa de concessão de autorizações e alvarás, negativa de acesso a financiamentos por entidades públicas ou paraestatais, impossibilidade de gozo de incentivos fiscais, etc.) do que às sanções penais (reclusão de dois a cinco anos, e multa).

A aplicação da pena requer, necessariamente, a comprovação da existência de um fato típico, ilícito, culpável e punível e de sua autoria, por meio de um regular trâmite processual penal. São diversos os fatores, portanto, que irão influenciar o “efeito funil”, de modo que nem todas as evasões tributárias serão autuadas; das autuações fiscais, apenas algumas serão encaminhadas para os órgãos responsáveis pela persecução penal; das representações fiscais para fins penais, somente alguns casos serão denunciados; por fim, dos casos efetivamente denunciados, poucos resultarão em uma condenação, sendo, dessarte, sancionados pelo Direito Penal. Como será apresentado na sequência, a extensão da possibilidade de pagamento ou parcelamento do crédito tributário com a consequente extinção da punibilidade para momentos posteriores ao oferecimento da denúncia representa, atualmente, o principal fator.

O prévio esgotamento da via administrativa, portanto, é indispensável para que o Direito Penal atue apenas nos casos mais graves, como *ultima ratio*. Por outro lado, quando ineficiente ou incapaz de dissuadir os potenciais evasores com a probabilidade de imposição e severidade das sanções que lhes são próprias, pode induzir a uma sobreutilização do Direito Penal, no

---

<sup>410</sup> Conforme destaca SCHOUERI “multas moratórias, como os juros moratórios, são devidas pelo simples fato do atraso no cumprimento da obrigação tributária. [...] Não é o caso da multa punitiva: ela não é devida, senão a partir de um lançamento de ofício, que constata uma infração e lança a multa. Sem o auto de infração, não há multa de ofício”. Cf. SCHOUERI, Eduardo, L. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 594. Portanto, a multa moratória não têm caráter punitivo e visa desestimular o cumprimento da obrigação fora de prazo. Elas são devidas (no percentual de 0,33% por dia de atraso, a partir do primeiro dia útil subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento da contribuição ou do tributo até o dia em que ocorrer o seu pagamento, com limite estabelecido em 20%) quando o contribuinte estiver recolhendo espontaneamente um débito vencido e não por ocasião do lançamento de ofício ou por atraso na entrega de declarações (obrigação acessória). As multas punitivas, por outro lado, visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária (ex: ausência de declaração e consequente supressão do tributo; declaração parcial e correspondente redução no tributo devido). Quando o ilícito for relativo ao descumprimento de um dever instrumental, sem repercussão no montante do tributo devido, a multa punitiva é denominada isolada.

intuito de instrumentalizar – por meio da ameaça de imposição da sanção penal – a função de arrecadação que lhe compete.

### 5.3.2 Extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário

A extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 4.729/65, que definiu a sonegação fiscal. A mencionada lei estabeleceu em seu artigo 2º que a punibilidade estaria extinta se o agente promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início na esfera administrativa a *ação fiscal própria*. Neste sentido, a previsão legal se assemelhava ao instituto da denúncia espontânea, estabelecido no artigo 138 do CTN<sup>411</sup>.

Por meio do artigo 18 do Decreto-Lei nº 157/1967<sup>412</sup>, o prazo para pagamento ensejador da extinção da punibilidade foi ampliado. Mesmo após iniciada a ação fiscal, poderia ser efetuado até o julgamento do respectivo processo administrativo.

Promulgada a Lei nº 8.137/90, que passou a tratar dos crimes contra a ordem tributária (artigos 1º a 3º), a extinção da punibilidade contemplou novo marco temporal. Nos termos do artigo 14, seria concedida nas situações em que houvesse *promoção do pagamento* do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do *recebimento da denúncia*.

Com o advento da Lei nº 8.383/91, entretanto, tanto o artigo 2º da Lei n. 4.729/65, quanto o artigo 14 da Lei nº 8.137/90, foram expressamente revogados, de modo que a causa de extinção da punibilidade somente foi reinserida no ordenamento jurídico em 1995, pelo artigo 34 da Lei nº 9.249, que restabeleceu como requisito temporal a necessidade de a *promoção do pagamento* ser realizada antes do *recebimento da denúncia*.

---

<sup>411</sup> Sobre a denúncia espontânea vide: ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão da responsabilidade penal. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 125, p. 241-251, jan./mar. 1995.

<sup>412</sup> O Decreto-Lei 157/1967 estendeu o benefício ao contrabando e descaminho, conforme art. 18, §2º e Súmula 560 do STF. Contudo, mencionada extensão foi revogada pelo artigo 1º da Lei nº 6.910, de 27 de maio de 1981. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que a consumação do crime de descaminho independe da constituição definitiva do crédito tributário, haja vista se tratar de crime formal, diversamente dos crimes tributários listados na Súmula Vinculante n. 24 do Pretório Excelso. Tratando-se de crime formal, portanto, não estaria compreendido nas hipóteses de extinção da punibilidade pelo parcelamento e pagamento do tributo. Vide, neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43.558/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05.02.2015, DJe 13.02.2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 271.650/PE. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03.03.2016, DJe 09.03.2016. Em sentido contrário, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 48.805/SP**. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 19.11.2007, p. 294.

O termo “promoção do pagamento” ensejou divergência jurisprudencial. A discussão girava em torno da possibilidade de o parcelamento tributário, causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, prevista no artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, afastar a punibilidade no âmbito penal. O Superior Tribunal de Justiça entendia, sob argumentos distintos, que o parcelamento se equiparava ao pagamento<sup>413</sup>. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, interpretava o termo de forma restrita, isto é, contemplando apenas o pagamento integral do débito e não o parcelamento<sup>414</sup>.

Em que pese a aceitação do parcelamento também como uma condição de extinção da punibilidade, tratava-se, na ocasião, de parcelamento convencional<sup>415</sup>, assim compreendido como aquele que “está sempre disponível ao contribuinte e tem por finalidade atender às situações de normalidade institucional”<sup>416</sup>, se prolongando no tempo para adesão e permitindo o parcelamento de débitos vencidos a qualquer momento. Como regra, ordinariamente se admite que o crédito tributário seja pago de forma parcelada em até sessenta parcelas, condicionando-se o parcelamento à apresentação, pelo devedor, de garantia real ou fidejussória, inclusive fiança bancária, idônea e suficiente para o pagamento do débito.

### 5.3.2.1 Influência dos Programas de Parcelamento Especial na matéria

A partir da Lei nº 9.964/00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), houve uma mudança significativa no que diz respeito à forma como o instituto da extinção da punibilidade passou a ser contemplado no ordenamento jurídico. A reparação do dano ensejadora do afastamento da pena, inserida em distintos programas de recuperação fiscal ou regularização tributária, esteve acompanhada nos últimos anos de incentivos ou benefícios significativos para o adimplemento voluntário das dívidas tributárias. As disposições sobre o instituto, neste sentido, foram inseridas no âmbito de programas de parcelamento especiais, que

---

<sup>413</sup> Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 2.538/RS**. Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 27.04.1994, DJ 09.05.1994, p. 10883; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 21.888/SP**. Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.12.2002, DJ 10.03.2003, p. 260; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 6.409/MA**, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 09.12.1997, DJ 09.11.1998, p. 171; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 11.598/SC**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 08.05.2002, DJ 02.09.2002, p. 145; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 21.888/SP**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.12.2002, DJ 10.03.2003, p. 260.

<sup>414</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 76978/RS**. Rel. Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29.09.1998, DJ 19.02.1999, p. 27; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 77010/RS**. Rel. Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 24.11.1998, DJ 03.03.2000.

<sup>415</sup> No âmbito federal, disciplinado nos artigos 10 a 14-F da Lei nº 10.522/2002.

<sup>416</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017, p. 1.

tratam de situações que fogem da normalidade institucional e inserem regras excepcionais àquelas previstas para o parcelamento convencional.

Com efeito, desde os anos 2000, no âmbito federal, quatro programas de recuperação/regularização afetaram consideravelmente a temática da extinção da punibilidade<sup>417</sup>: REFIS (Lei 9.964/00), PAES (Lei 10.684/03), REFIS-CRISE (Lei 11.941/09) e, com âmbito diferenciado, o RERCT (13.254/16).

Esses programas – que contemplam créditos decorrentes de inadimplemento e de práticas ilícitas, inscritos ou não em dívida ativa – não afastaram tão somente o custo esperado de práticas delitivas (pena) sob diferentes tratativas, como conferiram outros benefícios que, genericamente, contemplam descontos nas multas aplicadas, reduções nos juros acumulados, taxas de juros mais brandas para as parcelas vincendas – em geral, Taxa de Juros de Longo Prazo –, aumento na quantidade de parcelas para a quitação das dívidas, determinação do valor das parcelas de acordo com a capacidade econômica do sujeito passivo e possibilidade de parcelamento de saldos de remanescentes de programas anteriores<sup>418</sup>.

As previsões não apenas diferiram e diferem com relação à conduta esperada (promoção de pagamento, pagamento, pagamento e parcelamento), mas quanto ao momento (anterior ao recebimento da denúncia, qualquer momento), quanto aos tributos abrangidos e quanto aos destinatários (pessoas físicas e/ou somente jurídicas).

#### 5.3.2.1.1 Programa de Recuperação Fiscal (REFIS)

Instituído pela Lei 9.964/00, teve por finalidade promover a regularização de créditos da União decorrentes de débitos de pessoas *jurídicas*, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (artigo 1º). O *parcelamento tributário* poderia ocorrer nos termos do artigo 2º, sem limite máximo de prestações<sup>419</sup>, com valor de cada parcela determinado em função de percentual

---

<sup>417</sup> De acordo com o estudo elaborado pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal, no período compreendido entre 2005 e 2015, foram criados aproximadamente 30 programas de parcelamento especial no âmbito federal. Interessam ao presente trabalho apenas aqueles que abordaram a temática da suspensão/extinção da punibilidade. Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

<sup>418</sup> PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017, p. 347

<sup>419</sup> Na prática foram encontrados créditos tributários parcelados em 720 parcelas no REFIS. Cf. *Ibid.*, p. 352, nota 10.

aplicado à receita bruta do mês anterior. Neste caso, a quitação da dívida se daria de acordo com a capacidade do contribuinte. Alternativamente ao ingresso no programa, poderia ser feito nos termos dos artigos 12 e 13, em no máximo sessenta parcelas mensais com limites de valor mínimos previamente estipulados na lei.

O parcelamento nos termos do programa – artigo 2º – ou, alternativamente, de acordo com os artigos 12 e 13, implicaria na *suspensão da pretensão punitiva* do Estado<sup>420</sup>, desde que efetuado pela pessoa jurídica relacionada com o eventual autor dos crimes contra a ordem tributária, *antes do recebimento da denúncia criminal*. A quitação integral dos débitos *parcelados*, a qualquer momento, extinguiria a punibilidade.

Débitos não incluídos nos programas de parcelamento instituídos pela Lei 9.964/00, por sua vez, continuavam sendo alcançados pela previsão do artigo 34 da Lei 9.249/95, de modo que a *promoção do pagamento* – de acordo com a interpretação jurisprudencial, pagamento ou parcelamento – anterior ao oferecimento da denúncia, extinguiria a punibilidade.

Portanto, a Lei nº 9.964/00 manteve o marco temporal da Lei nº 9.249/95, referente ao recebimento da denúncia. Contudo, em contrapartida aos benefícios relacionados ao pagamento estabelecidos no programa, houve um enrijecimento no aspecto penal, já que o parcelamento anterior ao oferecimento da denúncia não extinguiria a punibilidade, mas tão somente suspenderia a pretensão punitiva do Estado pela suspensão da exigibilidade do crédito. A extinção da punibilidade sobreviria apenas com a quitação do débito objeto de parcelamento em momento anterior ao recebimento da denúncia.

#### 5.3.2.1.2 Programa de Parcelamento Especial (PAES)

Em 2003, por meio da Lei nº 10.684, foi instituído o PAES. O programa de Parcelamento Especial de débitos de pessoas físicas ou jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social possibilitou que, na consolidação do débito, o montante correspondente à multa, de mora ou de ofício, fosse reduzido em cinquenta por cento (artigo 1º, §7º). O valor também poderia ser dividido em até cento e oitenta prestações mensais (artigo 1º, *caput*), desde que respeitados os valores mínimos estipulados em lei.

---

<sup>420</sup> Houve, neste sentido, uma adequação à concepção tributária, já que o parcelamento é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI, Código Tributário Nacional).

Esses não foram, entretanto, os principais benefícios da Lei. A modificação significativa esteve relacionada à ampliação das hipóteses de incidência dos institutos da *suspensão* e da *extinção da punibilidade*, em virtude da ausência de limitação temporal para a adesão ao parcelamento tributário ou pagamento integral do débito<sup>421</sup>.

Nos termos do artigo 9º, a pretensão punitiva do Estado, bem como a prescrição criminal referente aos crimes tributários, estaria suspensa durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o suposto autor da prática delitiva estivesse inscrita no parcelamento, sem importar, contudo, o momento no qual teria se dado o parcelamento. A extinção, por sua vez, operaria quando houvesse o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios (artigo 9º, §2º), independentemente de ser no momento final do parcelamento<sup>422</sup>.

O mencionado programa não só deixou de prever um marco temporal para o parcelamento, como elaborou uma disciplina *geral* para os efeitos de quaisquer parcelamentos, previstos inclusive em outras leis – nos âmbitos federal, estadual e municipal<sup>423</sup> –, razão pela qual cidadãos em distintos estágios processuais poderiam ser atingidos pela retroatividade da lei penal mais benéfica (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal).

#### 5.3.2.1.3 Programa de Recuperação Fiscal da Crise (“REFIS DA CRISE”)

Em 27 de maio de 2009, por meio da Lei nº 11.941, foi lançado o novo REFIS, o qual instituiu inúmeras vantagens para a adesão, dentre elas: a possibilidade de parcelamento dos débitos de pessoas físicas ou jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em até cento e oitenta meses, inclusive de débitos correspondentes

---

<sup>421</sup> Conforme destacou o Ministro LEWANDOWSKI, “no caso de suposta prática de crime tributário, basta, para a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, que tenha o agente obtido da autoridade competente o parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 462790 AgR**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18.12.2013, DJ 14.02.2014).

<sup>422</sup> ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/03. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 130, p. 2-3, set. 2003. Neste sentido, vide também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 232.376/SP**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 15.06.2012.

<sup>423</sup> Conforme destacou ESTELLITA, a Lei 10.684/03 “amplia os efeitos jurídico-penais do parcelamento a qualquer regime de parcelamento, não importa se criado pela própria Lei nº 10.684 ou por outras; não importa se federal, estadual ou municipal”. Cf. ESTELLITA, op. cit.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.452/SP**. Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 03.06.2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 81.929/RJ**. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 16.12.2003, DJ 27.02.2004.

a saldo remanescente (por pendência de quitação ou por exclusão devido à inadimplência) dos programas anteriores (REFIS, PAES, PAEX<sup>424</sup>); e, reduções nas multas de mora, de ofício e/ou isoladas<sup>425</sup>, nos juros de mora e nos encargos legais<sup>426</sup>, proporcionais à forma de pagamento e à origem dos débitos (dívidas nunca parceladas ou correspondentes à saldos remanescentes de parcelamentos anteriores). Em síntese, os benefícios podem ser melhor compreendidos conforme a tabela:

Tabela 1 - Percentuais de redução previstos na Lei nº 11.941/2009<sup>427</sup>

	Pagam. à vista	Parcelamento								
		Dívidas não Parceladas Anteriormente (nunca parceladas até o dia 27/05/2009)				Saldo Remanescente de Parcelamentos Anteriores – Refis, Paes, Paex e Parcelamentos Ordinários (parcelados até o dia 27/05/2009)				
<b>Débitos abrangidos</b>	Vencidos até 30/11/2008	Vencidos até 30/11/2008				Vencidos até 30/11/2008				
<b>Prazo para efetuar o pedido de parcelamento ou pagamento à vista</b>	30/11/2009	Nos sítios da PGFN ou RFB na Internet de 17/08/2009 até às 20 horas (horário de Brasília) do dia 30/11/2009				Nos sítios da PGFN ou RFB na Internet de 17/08/2009 até às 20 horas (horário de Brasília) do dia 30/11/2009				
<b>Número de Prestações</b>	Não se aplica	2 a 30	31 a 60	61 a 120	121 a 180	180				
<b>Origem dos Débitos</b>	Não se aplica	Não se aplica				Refis	Paes	Paex	Parcelam. Ordinário	
<b>Reduções concedidas</b>	<b>Multas de Mora e de Ofício</b>	100%	90%	80%	70%	60%	40%	70%	80%	100%
	<b>Multas Isoladas</b>	40%	35%	30%	25%	20%	40%	40%	40%	40%
	<b>Juros de Mora</b>	45%	40%	35%	30%	25%	25%	30%	35%	40%
	<b>Encargo Legal</b>	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

<sup>424</sup> Com relação à Medida Provisória 303, de 29 de junho de 2006, não houve alterações substanciais na matéria. Apenas instituiu nova modalidade de parcelamento de débitos tributários federais (Parcelamento Excepcional – PAEX), com diminuição de cento e oitenta parcelas para cento e trinta (artigo 1º, caput), manutenção da redução em cinquenta por cento dos valores correspondentes à multa, de mora ou de ofício (artigo 3º, §9º) e inalteração dos efeitos penais do regime anterior, de modo que o parcelamento continuou suspendendo a pretensão punitiva e a prescrição, e o pagamento – único ou como quitação do parcelamento –, extinguiria a punibilidade. Cf. ESTELLITA, Heloisa. O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 165, p. 14-14, ago. 2016.

<sup>425</sup> Vide distinções na nota 410.

<sup>426</sup> O encargo legal, previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, é calculado sobre montante do débito, inclusive multas, atualizado monetariamente e acrescido dos juros e multa de mora, no valor de 10% para dívidas não ajuizadas e 20% para dívidas ajuizadas.

<sup>427</sup> BRASIL. Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil em São Paulo; Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo. **Manual de Orientações Práticas Referentes à Lei nº 11.941/2009**, v. 1, 05/10/2009. Disponível em: <<https://goo.gl/MZrNyZ>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

A sistemática relativa à suspensão e/ou exclusão da punibilidade foi mantida (artigos 68 e 69), pois não tratou do pagamento integral independente de parcelamento, mantendo hígido o art. 9º da Lei 10.684/03. Assim, o parcelamento do crédito tributário suspenderia a pretensão punitiva e o prazo prescricional independentemente do momento de sua formalização. O pagamento integral, por sua vez, extinguiria a punibilidade do agente, independentemente do momento de sua realização.

O REFIS DA CRISE contou com quatro reaberturas de parcelamento, estabelecidas nas Leis nº 12.865/2013, 12.973/2014, 12.996/2014 e 13.043/2014.

### 5.3.2.2 A tentativa de restabelecimento do recebimento da denúncia como marco temporal

As interpretações jurisprudenciais sobre a Lei nº 10.684/03 e Lei nº 11.941/09, ampliaram significativamente o limite temporal<sup>428</sup> para a suspensão ou extinção da punibilidade pelo parcelamento ou pagamento, respectivamente, do crédito tributário<sup>429</sup>.

Diante dessa conjectura, a Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, que dispôs sobre o valor do salário mínimo naquele ano, de maneira sub-reptícia, procurou restabelecer a denúncia como marco temporal, por meio da modificação do artigo 83 da Lei nº 9.430/1996.

Nos termos da nova redação, a adesão ao programa de parcelamento deve ocorrer antes do início da Ação Penal, para fins de suspensão da pretensão punitiva. A extinção da

---

<sup>428</sup> Neste sentido, merecem destaque os seguintes trechos de decisões proferidas no âmbito dos Tribunais Superiores: “Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 128245/SP**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23.08.2016, DJ 21.10.2016); “O fato de tratar-se de execução, ou seja, de já ter havido o trânsito em julgado da condenação, não impede que haja a suspensão do feito, desde que comprovado, da mesma forma, que os débitos objeto de parcelamento guardem relação com aquele. Isso porque, sendo possível a extinção da punibilidade a qualquer tempo, nos termos do art. 69 da Lei 11.941/09, na hipótese de haver o pagamento integral do débito tributário, tem-se, pela lógica, como sendo perfeitamente admissível não só a suspensão da pretensão punitiva, mas também da pretensão executória, em caso de concessão do parcelamento instituído pela referida legislação” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1234696/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 03.02.2014)

<sup>429</sup> Em um estudo sobre o papel do Direito Penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro no período compreendido entre 1990-2006, MACHADO e MACHADO destacam que “os Tribunais, especialmente com fundamento no princípio da isonomia, ampliaram progressivamente as hipóteses de extinção da punibilidade inicialmente previstas na legislação. A judicialização da discussão sobre o alcance da extinção da punibilidade torna-se bastante visível com a frequência de decisões sobre esse tema encontradas na pesquisa e, especialmente, pelas tentativas por parte da defesa (autora de 71,7% das decisões que analisamos) de ver a norma legal sobre a extinção da punibilidade estendida para casos que, a princípio, não estavam previstos”. Cf. MACHADO, Maira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro (1990-2006). **Artigos Direito FGV (Working Papers)**. Jul, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/R115c1>. Acesso em 19 fev. 2017, p. 95. Citação autorizada pelas autoras.

punibilidade, por sua vez, dá-se com a *quitação* a qualquer momento *dos créditos parcelados antes do recebimento da denúncia* (artigo 83, §4º).

Por agravar a situação do réu, em respeito ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a previsão quanto ao *parcelamento* do débito tributário somente pode ser aplicada aos fatos cujo lançamento definitivo do crédito tributário<sup>430</sup> tenha ocorrido após 1º de março de 2011, data do início de vigência da Lei. Com relação aos créditos constituídos antes de sua vigência, entretanto, o sujeito passivo terá direito à suspensão do andamento do feito, caso concedido o parcelamento, independentemente de ter havido ou não o recebimento da denúncia na ação penal<sup>431</sup>.

Por outro lado, no que diz respeito ao *pagamento integral* – e não à *quitação* dos débitos parcelados em momento anterior à denúncia –, a doutrina<sup>432</sup> e a jurisprudência<sup>433</sup>, entendem

---

<sup>430</sup> Isso porque, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do *resultado* supressão ou redução de tributo, que depende, por sua vez, da constituição definitiva do crédito tributário, nos termos da Súmula Vinculante 24.

<sup>431</sup> Neste sentido: “O art. 83, §2º, da Lei nº 9.430/96, com a redação trazida pelo advento da Lei nº 12.382/11, trata de norma de cunho predominantemente penal material, na medida em que traz regramento versando sobre a pretensão punitiva do Estado, que reflete diretamente sobre a liberdade do indivíduo; II - A nova redação trazida pela Lei nº 12.382/2011 agrava a situação do réu e, tratando-se de lei mais gravosa, a inovação legislativa somente poderá ser aplicada aos crimes cometidos após a data do início da vigência da mesma, ou seja, 01/03/2011, em respeito ao inciso XL, do art. 5º da CRFB”. Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **HC 0002533-75.2016.4.02.0000**. Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJe 5.5.2016.

<sup>432</sup> Conforme destaca Hugo de Brito MACHADO: “realmente, quem pretender sustentar que ocorreu nova alteração da disciplina do pagamento como causa de extinção da punibilidade, dirá que o § 6º, do art. 83, da Lei nº 9.430/96, é uma regra nova, que revoga a regra que consagrara a extinção da punibilidade pelo pagamento feito a qualquer tempo. Em sentido oposto, quem pretender sustentar que não ocorreu tal revogação, dirá que a Lei nº 12.385, de 25 de fevereiro de 2011, ao se reportar ao § 6º, do art. 83, da Lei nº 9.430/1996, não alterou a regra do § 2º, do art. 9º, da Lei nº 10.684/03, porque a ela não fez nenhuma referência, nem explícita nem implícita, posto que nem ao menos referiu-se ao conteúdo do mencionado § 6º, do art. 83, da Lei nº 9.430/96. Disse apenas que esse dispositivo ficava remunerado. Ressalte-se que na Lei nº 12.382/11 não existe sequer uma regra dizendo que é restabelecido o dispositivo, vale dizer, o parágrafo único, do art. 83, da Lei nº 9.430/96. Simplesmente reenumerou esse dispositivo. Por outro lado, ao cuidar da revogação de dispositivos anteriores diz apenas, em seu art. 8º, que fica revogada a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Não contém regra revogando o § 2º, do art. 9, da Lei nº 10.684/03, nem pelo menos a regra usual a declarar revogadas as disposições em contrário. Assim, parece-nos que o melhor entendimento é no sentido da subsistência da regra que afirma a extinção da punibilidade pelo pagamento, nos crimes tributários. Aliás, na hipótese mais pessimista, teríamos de concluir que a Lei nº 12.382/11 suscita dúvida sobre a subsistência da extinção da punibilidade pelo pagamento feito depois de recebida a denúncia. E como é sabido de todos, em Direito Penal a dúvida deve ser resolvida a favor do réu”. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. **A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a Lei 12.382/2011**. Disponível em: <<https://goo.gl/ftTxvW>>. Acesso em 05 fev. 2017. No mesmo sentido: “O artigo 34, da lei nº 9.249/1995, já havia sido revogado pelo § 2º, do art. 9º, da lei nº 10.684/2003, que não foi revogado pela lei nº 12.382/2011. Por quê? Porque uma coisa é o pagamento direto (disciplinado na lei 10.684/2003), outra distinta é o pagamento resultante de parcelamento (que agora acaba de ser regrado pela lei 12.382/11). A nova lei não tem a força de repristinar o antigo art. 34. Dessa forma, o sistema segue sendo regulamentado, como regra geral, quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento, pelo artigo art. 9º, § 2º, da lei n.º 10.684/2003, ou seja, o pagamento pode-se dar a qualquer tempo”. Cf. GOMES, Luiz Flávio; TASSE Adel El. Os crimes tributários e a extinção da punibilidade. In: **Revista Consultor Jurídico**, 17 de março de 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/XOuBjc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>433</sup> Neste sentido: “O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos - empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de

que permanece extinguindo a punibilidade do agente, podendo ser promovida a qualquer tempo, já que não houve revogação expressa do art. 9º, § 2º da Lei 10.684/03. Isso porque, em que pese a Lei 12.382/11 tenha tentado restabelecer, por meio do artigo 83, §6º, a regra prevista no artigo 34 da Lei nº 9.249/95 (*promoção do pagamento antes do recebimento da denúncia*), esta já havia sido revogada pelo artigo 9º, §2º da Lei 10.684/03.

Evidentemente que inúmeras questões relativas à aplicabilidade da lei penal no tempo poderiam ser suscitadas, tendo em vista que os casos são consideravelmente influenciados pelo momento do lançamento definitivo do crédito tributário (*tempus comissi delicti*) e pelo momento da ocorrência do parcelamento (antes ou depois do recebimento da denúncia, antes do trânsito em julgado ou a qualquer tempo). Contudo, nos limites do presente trabalho, interessa a tradição existente no ordenamento jurídico brasileiro relativa à admissão do ressarcimento do dano como causa de extinção da punibilidade de crimes tributários, e a constante sobreposição das razões fiscais sobre as razões penais no que diz respeito à política criminal com relação a esses mesmos delitos.

#### 5.3.2.3 Influência do paradigma do fisco global e o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT)

Sobreleva destacar ainda, relativamente ao instituto da extinção da punibilidade, o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), instituído por meio da Lei nº 13.254/16, para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior. Mencionada lei previu a extinção de punibilidade para os crimes elencados nos incisos do §1º, do art. 5º, desde que os indivíduos, mediante adesão ao RERCT transmitissem a Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat), e pagassem integralmente o imposto de renda a alíquota de 15% e a multa de regularização, no percentual de 100% do valor do imposto (artigo 5º, *caput*).

---

sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 116828/SP**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 13.08.2013, DJe 17.10.2013.

No que tange ao popularmente denominado “programa de repatriação”, não apenas o argumento de que as trocas de informações inseridas no paradigma do “Fisco global”<sup>434</sup> dariam início à incontáveis investigações e processos criminais despertou o interesse de propiciar aos brasileiros que possuíam valores, bens e direitos não declarados no exterior, a possibilidade de regularizarem sua situação perante as autoridades competentes brasileiras. Na verdade, os *deficit* gerados pelos desfalques na arrecadação, tornaram especialmente atraente a medida de regularização e repatriação, há muito discutida no Congresso Brasileiro<sup>435</sup>, em razão das vultosas quantias de estoques mantidos no exterior.

Em dados objetivos, uma pesquisa realizada por HENRY<sup>436</sup>, em estudo encomendado pela organização *Tax Justice Network*, demonstrou que até 2010 o Brasil era o 4º país no *ranking* mundial em relação aos ativos mantidos no exterior, contabilizando um valor aproximado de US\$ 520 bilhões não declarados, valor correspondente a quase 30% do PIB daquele ano<sup>437</sup>.

Face à conjuntura de superação ao isolamento fiscal das nações objetivando a recuperação de capital público e o incremento do desenvolvimento interno, a possibilidade de regularização dos ativos adquiridos licitamente e mantidos irregularmente no exterior (com a garantia da correlata extinção da punibilidade penal) foi apresentada como uma última chance, um ato preparatório para esta mudança de paradigmas normativos e de fiscalização tributária. Tal posicionamento, entretanto, não é exclusivo do Brasil, mas uma prática comum dentre aqueles países que têm aderido aos mais recentes padrões mundiais de cooperação mútua administrativa em matéria fiscal e adotado programas de *voluntary disclosure* – declaração voluntária – como medidas de regularização cambial e tributária voltadas especificamente àqueles contribuintes que mantêm recursos de origem lícita no exterior, para que possam regularizar sua situação de maneira voluntária e menos onerosa.

---

<sup>434</sup> TORRES, Heleno Taveira. Brasil Inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do Fisco Global. In: **Revista Consultor Jurídico**, 8 de julho de 2015. Acesso em: <<https://goo.gl/EUj77F>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

<sup>435</sup> No total foram apresentados seis projetos de Lei: 113/2003, de autoria do Deputado Federal Luciano de Souza Castro, do Partido da República (PR), do estado de Roraima; 424/2003, de autoria do Senador Marcelo Bezerra Crivella, do Partido Republicano Brasileiro (PRB), do Rio de Janeiro; 5.228/2005, do Deputado Federal José Mentor Guilherme de Mello Netto, do Partido dos Trabalhadores (PT), de São Paulo; 443/2008 e 354/2009, ambos de autoria do Senador Delcídio do Amaral Gomez, do Partido dos Trabalhadores (PT), de Mato Grosso do Sul; e, 298/2015, de autoria do Senador Randolf Rodrigues, do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), do Amapá.

<sup>436</sup> HENRY, James S. **Tax Justice Network**, July 2012. Disponível em: <[goo.gl/viuvi](http://goo.gl/viuvi)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

<sup>437</sup> MAINENTI, Mariana. Brasil tem R\$ 1 trilhão em paraísos fiscais. **Estado de Minas**, 23, julho de 2012. Disponível em: <[goo.gl/LUurm9](http://goo.gl/LUurm9)>. Acesso em 09 jan. 2017.

Contudo, levando-se em consideração as constantes previsões legislativas de causas de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo, não causou nenhuma surpresa – e não causará, caso venha a ser efetivamente adotada – a possibilidade de reabertura do prazo para adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) proposta<sup>438</sup> no mês subsequente ao encerramento do prazo previsto na Lei nº 13.254/2016 pelo Congresso Nacional.

Face ao sucesso obtido pelo programa, que concedeu uma “última chance” para que os contribuintes pudessem regularizar sua situação de maneira voluntária e menos onerosa, novamente os argumentos assumiram contornos econômicos. Encerrado em 31 de outubro de 2016 o prazo estabelecido pela Lei nº 13.254/2016 para adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), a Receita Federal apurou que, dos R\$ 169,940 bilhões declarados<sup>439</sup>, R\$ 46,8 bilhões foram efetivamente arrecadados em impostos e multas<sup>440</sup>.

O montante regularizado é relativamente baixo se comparado com o valor estimado de ativos mantidos no exterior sem declaração (US\$520 bilhões), mas notavelmente alto quando se considera que o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), subordinado à Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (SNJ) do Ministério da Justiça e Cidadania, repatriou no período compreendido entre os anos de 2005 e 2014 o montante de US\$ 14, 9 milhões; no ano de 2015, a cifra de US\$ 124,9 milhões; e no primeiro quadrimestre de 2016, US\$ 54 milhões, em um total que não chega, porém, sequer a US\$ 200 milhões<sup>441</sup>.

### 5.3.3 A instrumentalização da política criminal

Verifica-se no Direito Penal Tributário brasileiro uma instrumentalização da atividade arrecadatória, na medida em que a tutela penal confere um grau de coercibilidade mais acentuado à legislação administrativa, quando da imposição de uma pena privativa de liberdade como sanção ao ilícito administrativo caracterizador do ilícito penal. Essa perspectiva de

---

<sup>438</sup> Vide: Senado Federal. PLS nº 405/2016/Câmara dos Deputados. PL 6568/2016.

<sup>439</sup> BRASIL. Receita Federal. **Programa de Regularização de Ativos brasileiro atinge objetivos**. Notícias, 01 de novembro de 2016. Disponível em: <goo.gl/AWMUQ6>. Acesso em: 07 jan. 2017..

<sup>440</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Nota Executiva**, 2016. Disponível em: <goo.gl/Cgh6hs>. Acesso em: 07 jan. 2017.

<sup>441</sup> TALENTO, Aguirre. Repatriação bate recorde de US\$ 125 milhões em 2015 com Lava Jato. **Folha de São Paulo**, 24 abril de 2016. Disponível em: <goo.gl/dpDokc>. Acesso em: 09 jan. 2016.

instrumentalização do Direito Penal Tributário poderia ser afastada se, no núcleo teleológico da intervenção, estivesse – tal como efetivamente deveria estar –, a tutela do bem jurídico e não, simplesmente, a reparação do dano.

Com efeito, embora a prevenção do crime, a reparação do dano e a ressocialização do delinquente sejam objetivos de primeira magnitude de acordo com as exigências de um Estado Democrático e Social de Direito<sup>442</sup>, os fundamentos e critérios para a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário precisam ser encontrados e orientados na/pela política-criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia, não podendo estar vinculados exclusivamente à política fiscal.

Não obstante, as razões arrecadatórias e as constantes previsões legislativas sobre o parcelamento/pagamento do tributo como causa de suspensão/extinção de punibilidade, desprovidas de qualquer fundamentação jurídica amparada na teoria da desistência voluntária e na reparação do dano<sup>443</sup>, sobrepujam os fins político-criminais, na medida em que: (i) ampliam demasiadamente o limite temporal para a reparação do dano; (ii) admitem que a reparação seja implementada mediante parcelamento; (iii) estabelecem estímulos econômicos adicionais; e (iv) afastam o custo esperado da prática delitiva, qual seja, a imposição da sanção penal.

Não se vislumbra simples enfraquecimento da função de criminalização do ilícito fiscal, por meio de uma confusa política criminal que, visando a mera arrecadação, tem alargado – com regras inconstantes – a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos ou contribuições sociais<sup>444</sup>, mas verdadeira “lição” de que o “crime tributário compensa”, destinada a um público predisposto a aprender<sup>445</sup>.

Ademais, ao se excluir a necessidade de voluntariedade do ato – que em termos objetivos requer um marco temporal –, a norma primária ou de comportamento direcionada aos

---

<sup>442</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 981-982.

<sup>443</sup> Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 87. Conforme destaca EISELE, “o bem jurídico no Direito Penal Tributário de um Estado Social é composto de forma complexa, de modo a ter uma dupla titularidade. De forma imediata, corresponde à prestação de conteúdo econômico de que é titular o Estado, e de forma mediata consiste nos recursos disponíveis para a implementação de prestações sociais de que é titular a sociedade”. Cf. EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 69.

<sup>444</sup> SÁNCHEZ RIOS, op. cit., p. 86.

<sup>445</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez y Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 254.

cidadãos, ampliando-se o raciocínio de LEITE<sup>446</sup>, deixa de estar formulada em um sentido forte (“não sonegue tributos”), e também em sentido fraco (“não deixe de se autodenunciar e pagar os tributos eventualmente sonegados”), pois, ao não se exigir uma autodenúncia nem o pagamento do crédito tributário em um período previamente determinado, dá-se margem para comportamentos oportunistas, que buscarão afastar a punibilidade aos menores custos possíveis, avaliando o momento, os benefícios oferecidos pelos programas, a viabilidade de parcelamento ou pagamento integral, a possibilidade de lançamento de programas com condições mais benéficas, dentre outras estratégias voltadas à maximização dos benefícios auferidos com a prática delitiva e supressão e redução das consequências administrativas e penais dela decorrentes.

Tal como conduzida nos últimos anos, a Política Criminal no âmbito do Direito Penal Tributário tem elevado potencial para alterar decisões futuras. Contudo, pouco se tem refletido sobre os incentivos que pode gerar sobre o comportamento dos indivíduos e sobre os efeitos que podem conduzir para caminhos que não os inicialmente pretendidos – desde o socialmente desejado (prevenção dos delitos), até o utilitariamente esperado (o aumento da arrecadação estatal).

#### 5.4 ANÁLISE POSITIVA: A DECISÃO DE PRATICAR EVASÃO TRIBUTÁRIA

Conforme exposto no item 4.1, a teoria da escolha racional aponta que, quando os benefícios esperados da atividade delitiva são superiores aos custos esperados, o indivíduo cometerá o delito se a utilidade decorrente da conduta delitiva exceder a utilidade que poderia ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades legais ou ilegais.

Essa constatação, lançada por BECKER<sup>447</sup> em seu estudo sobre crime e punição influenciou inúmeras pesquisas que empregaram o método da análise econômica para avaliar, econometricamente, a obediência tributária, o comportamento evasivo e a dissuasão pela detecção e aplicação de sanções, pelo aumento e redução de alíquotas do tributo, bem como pela influência de outros fatores como noção de culpa, moralidade, vergonha, altruísmo, normas sociais, justiça, confiança, reciprocidade, moralidade fiscal e patriotismo, de modo que

---

<sup>446</sup> LEITE, Alaor. Abolição da chamada autodenúncia liberadora de pena no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 90, p. 111-135, maio/jun. 2011.

<sup>447</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968

inúmeras outras variáveis acabaram sendo agregadas ao modelo básico inicialmente proposto<sup>448</sup>.

Inobstante as inúmeras análises terem como ponto de partida o enfoque da escolha racional, seja para aplicá-lo de forma estritamente econômica, seja para aperfeiçoá-lo com outras determinantes que influenciam o comportamento humano, não apresentam um procedimento detalhado acerca de como deve ser desenvolvida essa abordagem. Por este motivo o estudo se desdobrará de acordo com o esquema de KELLEY<sup>449</sup>, exposto e exemplificado por ORTIZ DE URBINA GIMENO no artigo “*El análisis económico del derecho: ¿Método útil, o ideología nefasta?*”, o qual sugere que a análise: (i) especifique os agentes (indivíduos ou grupos) cujo comportamento se pretende explicar, (ii) identifique os objetivos (“preferências”) desses agentes a respeito do fenômeno ou da situação tratado(a); (iii) delinieie as características do entorno que podem ajudar ou impedir que os agentes alcancem seus objetivos; (iv) determine o tipo e a qualidade de informação de que dispõe os agentes; (v) identifique os cursos de conduta que os agentes podem tomar para conseguir seus objetivos, tendo em conta as barreiras impostas pelo entorno e o conhecimento que eles têm delas; (vi) determine dentro desses possíveis cursos de conduta quais alcançam os objetivos do agente de modo mais eficiente e (vii) prediga que o agente tomará o curso de conduta que é eficiente, ou explique a escolha do agente mostrando que era sua melhor opção.

Os indivíduos cujo comportamento se pretende analisar, tidos como potenciais evasores, são os sujeitos passivos obrigados ao cumprimento da obrigação tributária que, nos termos do

---

<sup>448</sup> Vide: ALLINGHAM, Michael. G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972; SRINIVASAN, Thirukodikaval N. Tax evasion: A model. **Journal of public economics**, v. 2, n. 4, p. 339-346, 1973; ALM, James; MCCLELLAND, Gary. H.; SCHULZE, William. D. Why do people pay taxes? **Journal of Public Economics**, v. 48, n. 1, p. 21-38, June 1992; BECK, Paul J.; DAVIS, Jon S.; JUNG, Woon-Oh. Experimental evidence on taxpayer reporting under uncertainty. **The Accounting Review**, v. 66, n. 3, p. 535-558, July 1991; KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. **Journal of the Econometric Society**, v. 47, n. 2, p. 263-292, Mar. 1979; KASTLUNGER, Barbara; KIRCHLER, Erich; MITTONE, Luigi; PITTERS, Julia. Sequences of audits, tax compliance, and taxpaying strategies. **Journal of Economic Psychology**, v. 30, n. 3, p. 405-418, June 2009; KLEPPER, Steven; NAGIN, Daniel. The anatomy of tax evasion. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 5, n. 1, p. 1-24, Spring 1989; SHEFFRIN, Steven M., TRIEST, Robert. K. Can brute deterrence backfire? Perceptions and attitudes in taxpayer compliance. In: J. Slemrod. **Why People Pay Taxes: tax compliance and enforcement**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992, p. 193-218; SIQUEIRA, Marcelo Lettieri. **Um modelo econômico para análise da evasão fiscal do imposto sobre a renda no Brasil**. 2004. 125 f. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004; \_\_\_\_; RAMOS, Francisco S. Evasão fiscal do imposto sobre a renda: uma análise do comportamento do contribuinte ante o sistema impositivo brasileiro. **Economia Aplicada**, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 399-424, jul./set. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>449</sup> KELLEY, Stanley, 1996 **apud** ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. El análisis económico del derecho: ¿Método útil, o ideología nefasta? In: COURTIS, Christian. **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 326 e ss.

artigo 121 do Código Tributário Nacional, incisos I e II, respectivamente, podem possuir relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (contribuintes) ou, por guardarem relação com o fato gerador, podem ser obrigados por lei ao pagamento correspondente (responsáveis). São, portanto, os sujeitos que adquirem um imóvel, auferem renda, vendem mercadorias, prestam serviços, retêm na fonte tributos, dentre os inúmeros outros exemplos que poderiam ser apresentados.

Entre esses sujeitos passivos e o fisco existe uma assimetria informacional, razão pela qual se atribuem àqueles deveres relacionados à declaração das bases tributáveis, dentre inúmeras outras obrigações acessórias que facilitarão a conferência, a análise, a confrontação das informações prestadas pelos contribuintes, a fiscalização e a apuração do crédito devido a título de tributo, pela autoridade tributária.

Para cumprir com esses deveres (correspondentes às obrigações acessórias), inicialmente, os contribuintes incorrem em custos de conformidade, isto é, recorrem ao auxílio de profissionais especializados (advogados, contadores) para a análise das hipóteses de incidência, elaboração de cálculos, geração de guias de pagamento, dentre outros procedimentos necessários para o cumprimento da obrigação principal: pagamento do tributo devido, isto é, prestação pecuniária compulsória em moeda.

De acordo com relatório elaborado por SOARES, os custos administrativos incorridos pelas pessoas físicas no Brasil não são excessivamente elevados<sup>450</sup>. Isso porque, dentre os tributos aos quais as pessoas físicas estão submetidas, o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) e taxas locais e o Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA) são cobrados mediante lançamento direto (lançamento de ofício), por meio de guias de recolhimento emitidas pelas administrações tributárias que poderão ser quitadas nas redes bancárias. O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e o Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI) são calculados pelos próprios cartórios onde são registrados os formais de partilha nos processos de inventário e os contratos de transmissão de propriedade dos bens. Com relação ao Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF), entretanto, exige-se do contribuinte a interpretação de uma série de documentos, tais como os informes de rendimentos, comprovantes de despesas, informações sobre aplicações financeiras, documentos de compra e venda de bens, etc. O preenchimento da Declaração do Imposto de

---

<sup>450</sup> SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. **Custo do cumprimento das obrigações tributárias acessórias no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 9.

Renda da Pessoa Física (DIRPF), apresentada anualmente no mês de abril, pode não ser, por esse motivo, uma tarefa simples para os cidadãos brasileiros.

Com relação às pessoas jurídicas, os custos mudam consideravelmente de acordo com o regime jurídico ao qual estão submetidas. O Simples-Nacional (instituído pela Lei complementar nº 123/2006) reduz significativamente os custos de cumprimento de obrigações acessórias, pois sintetiza em um único pagamento os principais tributos federais, estaduais e municipais. Por outro lado, empresas de médio porte submetidas a apuração por Lucro Presumido e de grande porte, submetidas a apuração por Lucro Real, para a auferição do valor devido a título de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuições Sociais sobre o Lucro Líquido (CSLL), contam com elevados custos administrativos para o cumprimento das obrigações tributárias acessórias, notadamente na hipótese destas últimas. Ademais, a depender do segmento da atividade (comércio, prestação de serviços, dentre outros), podem enfrentar complexidades relativas às legislações estaduais e municipais. No que tange ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), tratam-se de vinte e sete diferentes legislações e centenas de convênios editados por ano pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), que, deverão ser observadas(os), a depender das unidades da Federação nas quais os sujeitos passivos realizem suas operações<sup>451</sup>.

Ocorre que, no tocante às pessoas jurídicas, não apenas os tributos (COFINS, PIS, CSLL, IPI, IRPJ, ICMS, ISS) possuem elevada complexidade administrativa e acarretam custos de conformidade, como “interferem, de modo contínuo e regular, diretamente ou indiretamente, sobre o faturamento”<sup>452</sup>. Dado o impacto mercadológico que esses tributos provocam, não raras vezes as empresas optam, “por transformá-los em instrumentos de competição mercadológica”<sup>453</sup>.

---

<sup>451</sup> SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. **Custo do cumprimento das obrigações tributárias acessórias no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. p. 15.

<sup>452</sup> SAYEG, Roberto N. Sonegação tributária e complexidade. **RAE electron.**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun., 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/EbMtKX>>. Acesso em: 11 fev. 2017, p. 5.

<sup>453</sup> Ibid.

Por conta da complexidade do sistema tributário<sup>454</sup>, da burocracia administrativa<sup>455</sup> e da – assim percebida pelos contribuintes – elevada carga tributária, plausível é a *preferência* dos indivíduos por alocar o tempo e os recursos financeiros em outras atividades que *maximizem* sua *renda*, meio indispensável para satisfação de outras preferências (aquisição de bens, ampliação da atividade econômica, contratação de novos empregados, dentre outros desejos) de cujo conteúdo se pode prescindir.

Considerando-se que “a obediência à lei tributária está basicamente relacionada: (i) à declaração da verdadeira base tributária; (ii) ao cálculo correto da obrigação tributária e (iii) ao pagamento das quantias devidas”<sup>456</sup> e que essas três condutas dependem do sujeito passivo – em especial nos tributos sujeitos à lançamento por homologação –, os contribuintes contam com as seguintes possibilidades e consequências: (i) obedecer à lei, declarar a verdadeira base tributária e sacrificar (certeza) um montante da renda para o pagamento do tributo devido; (ii) desobedecer à lei, não declarar a base tributária ou declará-la parcialmente, para obter uma vantagem caso não haja detecção e punição; e (iii) desobedecer à lei e sofrer uma perda, caso haja detecção e punição.

A tributação acarreta elevados custos e reduz o bem-estar dos indivíduos, os quais poderão dela “fugir” de diversas maneiras<sup>457</sup>. De um lado, caso o fato gerador do tributo não

---

<sup>454</sup> Em estudo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, que compreendeu o período entre a promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988) e o dia 30 de setembro de 2015 (conclusão da base de dados), constatou-se a edição de 5.241.914 (cinco milhões, duzentos e quarenta e um mil, novecentas e quatorze) normas que regem a vida dos cidadãos brasileiros. Isto representa, em média, 532 normas editadas todos os dias ou 764 normas editadas por dia útil. IBPT. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 27 anos da Constituição Federal de 1988**. Outubro, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/ZhZrXC>>. Acesso em 07 fev. 2017.

<sup>455</sup> No âmbito empresarial, de acordo com o *Doing Business* – projeto desenvolvido pelo Banco Mundial que mensura a facilidade com que os empresários conseguem fazer negócios em cada país –, o tempo gasto para preparar, arquivar e pagar (ou reter) o imposto de renda das empresas, o imposto sobre o valor agregado e as contribuições de previdência social é de 2.038,0 horas por ano (Cf. DOING BUSINESS. **Brasil: pagamento de impostos**. Disponível em: <<https://goo.gl/5Ef04Z>>. Acesso em: 07 fev. 2017). A Receita, discordando dos dados apresentados, encomendou um estudo à Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas (FENACON), cujos dados preliminares apontaram aproximadamente 600 horas anuais para uma empresa de médio porte, que é o foco do relatório (Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Receita analisa relatório do Banco Mundial e propõe melhorias**. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/swN1Hp>>. Acesso em: 07 fev. 2017). Para entender os motivos das discrepâncias entre os resultados, vide: DONIN JÚNIOR, Hélio. Informatização reduz tempo gasto para calcular impostos. [19 de outubro, 2016]. Rio Grande do Sul: **Jornal do Comércio**. Entrevista concedida a Roberta Mello. Disponível em: <<https://goo.gl/d8zVWt>>. Acesso em 07 fev. 2017.

<sup>456</sup> SIQUEIRA, Marcelo; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>457</sup> CARVALHO, Cristiano. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e da economia. Prefácio. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade:**

tenha ocorrido ainda, o sujeito passivo pode procurar evitá-lo, recorrendo a expedientes não vedados por lei, para evitar a obrigação tributária ou reduzir o montante devido a título de tributos (elisão fiscal). De outro, caso o fato gerador já tenha ocorrido, teoricamente o sujeito passivo conta com duas opções: (i) declarar a verdadeira base tributária, calcular a obrigação tributária e inadimplir o pagamento ou, (ii) omitir ou declarar parcialmente a base tributária e suprimir ou reduzir o pagamento do tributo devido, utilizando-se dolosamente de expedientes fraudulentos que visem impossibilitar a descoberta e cálculo pelo fisco do valor efetivamente devido.

Destas duas últimas opções, o mero descumprimento da obrigação tributária submete o sujeito passivo a consequências certas, a saber, incidência de multa moratória, juros de mora, imediata inscrição em dívida ativa, ação de arrolamento de bens<sup>458</sup>, medida cautelar fiscal e execução fiscal. Isso porque nas hipóteses de constituição, declaração, mas inadimplemento, dispensa-se o procedimento administrativo para apuração do valor devido e lançamento de ofício (constituição do crédito tributário). Nesses casos, a inscrição em dívida ativa do valor declarado, mas não pago, pode ser automática<sup>459</sup>.

Por outro lado, expedientes voltados à ocultação das verdadeiras bases de cálculo podem afastar o pagamento do tributo devido, notadamente em setores da economia atrelados à informalidade ou que contam com estruturas empresariais multinacionais, operações e arranjos comerciais complexos, copiosas transações bancárias que envolvem paraísos fiscais, dificultando a identificação das origens dos ativos movimentados e, portanto, as verdadeiras bases tributáveis<sup>460</sup>.

---

exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Fiscosoft, 2014, p. 62.

<sup>458</sup> Quando os créditos tributários excederem em trinta por cento o patrimônio conhecido do sujeito passivo, o fisco pode se utilizar de medida administrativa assecuratória do crédito tributário prevista no art. 64 da Lei. 9532/97 e na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 264/02. Nestes casos, o contribuinte não pode dispor de seus bens, sem efetuar a comunicação, no prazo de 5 dias, de toda e qualquer ato de transferência, de alienação e de oneração de bem ou de direito que tenha sido arrolado pelo fisco, sob pena de requerimento de medida cautelar fiscal (§3º e 4º, art. 64, c/c art. 8º, §4º, SRRF 264/02).

<sup>459</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 795.992/RS**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04.06.2008, DJe 23.06.2008. Sobre a automática inscrição em dívida ativa de valores declarados e não pagos e seu controle de legalidade como hipótese de modernização da administração tributária, vide: ARAUJO, Juliana Furtado Costa. A modernização da administração tributária: iniciativas da Fazenda Pública visando o incremento de sua atuação. In: BARRETO, Aires, F et al. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 5., 2008, São Paulo, SP. **Direito Tributário, Linguagem e Método**: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual. São Paulo: Noeses, 2008, p. 551-565.

<sup>460</sup> A respeito, vide estudo realizado pelo INESC sobre os expedientes ilícitos utilizados pela mineradora Vale do Rio Doce que, com um débito equivalente a R\$ 41,9 bilhões, encabeçava a lista dos 500 maiores contribuintes inscritos na Dívida Ativa da União, divulgada pelo Ministério da Fazenda em 13 de outubro de 2015. Cf. CARDOSO, Alessandra. **Amazônia**: paraíso extrativista e tributário das transnacionais da mineração. INESC:

Nestes casos, de uma perspectiva racional e utilitarista, em virtude da incerteza de detenção e punição inerente a qualquer prática ilícita, inclusive à prática de evasão tributária, os sujeitos passivos efetuarão um cálculo dos *custos* e *benefícios* esperados da prática delitiva.

Conforme exposto no item 4.2.4, os indivíduos tendem a atribuir no presente uma menor utilidade (positiva ou negativa) aos eventos futuros e são mais dissuadidos por um aumento na probabilidade e na rapidez de imposição da sanção, do que pelo incremento da gravidade. Quando os indivíduos descontam irrazoavelmente o futuro, os ganhos imediatos proporcionados pela prática de uma conduta ilícita podem parecer mais interessantes do que a ameaça de uma punição futura, tanto mais se essa punição se prolongar no tempo.

Tendo em vista que, de acordo com a teoria da escolha racional, os indivíduos praticarão a conduta delitiva se a utilidade decorrente dela exceder a utilidade que poderia ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades legais ou ilegais, além das determinantes relacionadas à probabilidade de detecção e punição administrativa e criminal, bem como a severidade das sanções, outras circunstâncias precisam ser levadas em consideração para a aferição das possíveis utilidades. As principais delas estão relacionadas à elevada taxa de juros interna<sup>461</sup>, à morosidade processual e à expectativa de programas de parcelamentos extraordinários e melhores benefícios para pagamento.

A primeira circunstância que influencia o comportamento do potencial evasor está relacionada à probabilidade de detecção e autuação que, por sua vez, depende do montante de recursos que o Estado está disposto a empregar para controlar e efetivamente punir aqueles que descumprirem as leis. Tendo em vista que “é impossível (em termos de custos) auditar 100% dos contribuintes, sempre uma certa sonegação será possível do ponto de vista econômico”<sup>462</sup>. Por outro lado, o potencial evasor não considera a probabilidade real de ser descoberto, mas a probabilidade tal como subjetivamente a percebe<sup>463</sup>. Quando existe uma vasta rede de controle, não somente protagonizada pela autoridade tributária, mas também por agentes obrigados (ex: instituições financeiras, bancos, cartórios) e a própria população (ex: programas de inserção de CPF na nota fiscal), os indivíduos podem ser mais dissuadidos da prática ilícita, seja porque a

---

Nota Técnica, nº 185, de novembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/mcF5xf>>. Acesso em 07 fev. 2017. Vide lista dos maiores devedores disponível em: <<https://goo.gl/LA8CvQ>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

<sup>461</sup> SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. **Custo do cumprimento das obrigações tributárias acessórias no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012, p. 12.

<sup>462</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S.. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2016, p. 576.

<sup>463</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez y Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 114.

probabilidade de detecção aumenta, seja porque as oportunidades para delinquir diminuem. Por outro lado, quando determinadas circunstâncias como a informalidade ou a demasiada complexidade, reduzem a possibilidade ou a efetividade da fiscalização, os indivíduos se tornam mais propensos à prática delitiva.

O custo esperado da prática delitiva, entretando, não advém apenas da possibilidade de autuação, mas também da gravidade das sanções que serão impostas. Neste aspecto, as sanções que efetivamente ingressam no “cálculo” do *homo economicus* quando da prática de um ilícito tributário são as sanções administrativas não pecuniárias (apreensões, perdas de mercadorias, sujeição a regime especial de fiscalização, dentre outras medidas) e pecuniárias (multa de ofício<sup>464</sup>, multa isolada) que buscam onerar o sujeito passivo, juntamente com a multa moratória e os juros moratórios, dissuadindo-o da prática do ilícito tributário – eventualmente caracterizador do ilícito penal. Isso porque não se tratam apenas das consequências imediatas de uma eventual autuação, mas também do custo esperado do ilícito tributário capaz de afastar eventual responsabilidade penal, já que as consequências do insucesso na evasão podem ser evitadas pela quitação do crédito tributário.

Embora o Direito Penal tipifique de forma subsidiária as condutas qualificadas pelo meio fraudulento que objetivam induzir o fisco em erro como caracterizadoras da evasão tributária, sua intervenção está condicionada ao prévio exaurimento da via administrativa e à ausência de pagamento do tributo devido, de modo que a sanção jurídico-penal (pena privativa de liberdade e multa) somente poderá ser imposta se – dentre as inúmeras outras possíveis circunstâncias aptas a afastar a responsabilidade criminal – a punibilidade não for extinta pelo pagamento.

Inobstante a extinção da punibilidade internalizar os custos da prática delitiva, reduzindo-os aos montantes já estabelecidos na esfera administrativa, a forma como mencionado instituto tem sido contemplado na Política Criminal brasileira acaba por estabelecer incentivos para a prática ilícita. Os programas de parcelamento extraordinários não apenas oferecem condições especialmente vantajosas para o adimplemento voluntário do débito tributário, ampliando demasiadamente o período de parcelamento e oferecendo descontos nas multas administrativas, como ampliam o lapso temporal no qual se admite a adesão aos programas como contrapartida à suspensão/extinção da punibilidade no âmbito penal.

---

<sup>464</sup> Que no âmbito federal equivale a 150% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, quando caracterizarem sonegação, fraude ou conluio (artigo 44, §1º, Lei 9.430/1996).

O longo lapso temporal, existente entre a detecção da infração e a imposição das sanções administrativas e eventualmente penais, pode ser contabilizado como uma circunstância favorável pelo potencial evasor. Isso porque, em um cenário econômico com elevada taxa de juros, de um lado o capital de giro e os custos dos investimentos em empreendimentos podem induzir à evasão tributária, uma vez que o montante sonegado pode ser aplicado nas atividades sem que se precise recorrer a financiamentos bancários. De outro, pode tornar atrativa a aplicação dos valores evadidos em instituições financeiras, que remuneram o capital com taxas de juros compostas (juros geométricos ou “juros sobre juros”).

Ademais, ainda que o potencial delinquente venha a ser detectado, sancionado administrativamente e tenha que promover o pagamento do tributo como possível estratégia para afastar a sanção criminal, basta considerar as condições dos últimos programas de parcelamento extraordinário para constatar que a prática pode ser lucrativa. Os programas não apenas aumentam a quantidade de parcelas para a quitação das dívidas como aplicam juros simples sobre elas – “diferentemente da metodologia dos juros compostos aplicados rotineiramente pela União em seus empréstimos concedidos, bem como nos financiamentos concedidos na iniciativa privada”<sup>465</sup> –, estabelecem taxas de juros mais brandas para as parcelas vincendas<sup>466</sup> – Taxa de Juros de Longo Prazo e Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia –, e fornecem descontos nas multas aplicadas e juros acumulados.

Os mencionados programas ampliaram também, demasiadamente, o limite temporal para a adesão ao parcelamento e promoção do pagamento, como forma de suspensão e extinção da punibilidade. Muito embora a possibilidade de extinção da punibilidade ao longo do processo penal tenha sido reduzida – segundo normativa vigente –, ao *pagamento integral* promovido a *qualquer momento* ou à *quitação do parcelamento*, cuja adesão tenha ocorrido em momento

---

<sup>465</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017, p. 7.

<sup>466</sup> Conforme apontado pelo estudo “as regras oferecidas nesses programas tornam muito mais vantajoso para o contribuinte deixar de pagar os tributos para aplicar os recursos no mercado financeiro, já que num futuro próximo poderão parcelar os débitos com grandes descontos e outras vantagens. Caso opte por aplicar os recursos em títulos públicos, por exemplo, que são remunerados pelo Governo Federal pela taxa Selic (os mesmos juros cobrados sobre os débitos em atraso), essa opção será muito vantajosa para o contribuinte, pois ele poderá, num futuro próximo, resgatar esses títulos públicos e pagar à vista seus débitos, obtendo grande ganho devido aos descontos, inclusive dos mesmos juros adquiridos com a aplicação (que poderão até mesmo serem liquidados integralmente com PF/BCN), além das outras vantagens”. BRASIL, op. cit., p. 7. PAES, exemplifica com o programa do REFIS, que ao conceder prazos muito extensos de pagamento (no modelo considerou 720 meses, o maior prazo de parcelamento detectado) combinado com uma taxa de juros (TJLP) muito inferior a taxa de mercado (SELIC) fez com que somente 22% da dívida tributária original fosse realmente paga. Cf. PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017, p. 355.

*anterior ao recebimento da denúncia*, subsistem os incentivos para que os indivíduos aguardem o momento e as condições propícias para efetivar o pagamento, caso ainda se sintam dissuadidos pela eventual imposição de uma sanção penal. Isso ocorre não só porque a sucessão de programas de parcelamento nos últimos anos fomenta a expectativa de que novas oportunidades – ainda mais vantajosas – serão concedidas, mas porque os *deficit* orçamentários reduzem os intervalos entre os programas excepcionais de parcelamento, de modo que, para os indivíduos propensos ao risco, “compensa” adotar uma postura estratégica até as últimas consequências.

Ou seja, a decisão não consiste entre “pagar e não ser punido” ou “não pagar e ser punido”, nem entre “pagar em melhores condições e não ser punido” ou, superado o limite temporal, “pagar em piores condições e não ser punido”, uma vez que subsiste a possibilidade de o indivíduo poder aderir a programas supervenientes com condições mais vantajosas (expectativa de novos programas) e a possibilidade de pagar integralmente o crédito tão somente se consequências desfavoráveis (condenação e possibilidade de imposição da pena) subsistirem.

Portanto, dos cursos de atuação apresentados, o melhor cenário possível para um indivíduo que calcula racionalmente os custos e benefícios individuais envolvidos na decisão de pagar, inadimplir ou evadir tributos, consiste exatamente nesta última hipótese. Isso porque, afastada a sanção penal pela possibilidade de parcelamento ou pagamento do crédito tributário que, por sua vez, se resume ao montante pecuniário – correspondente ao tributo devido acrescido das penalidades – apurado na esfera administrativa, racionalmente, a conduta mais eficiente consiste na evasão, pois com ela sempre se pode ganhar, porém, dificilmente se pode perder<sup>467</sup>.

Enquanto das demais condutas (adimplemento voluntário ou declaração correta seguida de inadimplemento) decorre uma redução *certa* do patrimônio do agente, da evasão decorre uma consequência econômica probabilística: quanto menor for a *probabilidade* de detecção, de autuação e de responsabilização, menor será o *custo esperado* da prática delitiva. Esse custo, ademais, por ser reduzido a parâmetros estritamente monetários, é passível não apenas de

---

<sup>467</sup> KUHLEN vai além e adverte: “*sin sanción, es decir, sin una consecuencia jurídica desventajosa que vaya más allá del pago posterior del impuesto evadido, para las personas que sólo calculan situacionalmente el fraude fiscal sería racional en los casos en que la probabilidad de no ser descubierto fuera muy pequeña: con el fraude siempre podrían ganar, pero nunca perder*”. KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez y Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 133-134.

contabilização<sup>468</sup>, como de manipulação pelo próprio agente, de modo que, quando a severidade da sanção ( $f$ ) ou a probabilidade de imposição ( $p$ ) são extremamente baixas para determinados valores de gravidade da prática evasiva, o agente escolherá o valor a ser evadido (gravidade da evasão) de modo a maximizar seu retorno líquido.

Malgrado essa possibilidade, de a ameaça de detecção e gravidade da punição serem as principais causas a influenciar o comportamento contrário as obrigações tributárias – tal como já constatado pela teoria e algumas evidências empíricas<sup>469</sup> –, sabe-se que não são os únicos fatores a influenciar a evasão tributária, resultado de um conjunto de comportamentos bastante complexos.

Considerando-se que a tributação em um Estado Social e Democrático de Direito se fundamenta na cidadania solidária, fatores associados à reduzida internalização da moralidade, à ausência de controle informal, ao sentimento de injustiça, ao egoísmo e à indisposição para cooperar influenciam o descumprimento das obrigações tributárias, fazendo com que a maximização da utilidade individual (bem-estar individual) se sobreponha à maximização da utilidade coletiva (bem-estar coletivo).

Entretanto, antes de afastarem as contribuições da teoria da escolha racional na compreensão do comportamento do potencial evasor (negando o modelo do *homo economicus*), estas últimas variáveis apontam fatores que ampliam a *margem de manobra*, facilitando a obtenção do maior benefício possível e a manutenção de uma autoimagem positiva<sup>470</sup>. Conforme destaca KUHLEN<sup>471</sup>:

---

<sup>468</sup> GUIMARÃES E GUARAGNI destacam, no que diz respeito ao âmbito empresarial, que “a empresa orienta seus contadores a contabilizar o custo do risco de ser descoberto na sonegação, levando em conta que o fisco só pode autuar a empresa pelo quanto sonegado nos últimos cinco anos (para trás prescreve a infração administrativa). O contador calcula quanto deveria ser pago pela empresa, considerando multa e correção monetária, caso fosse descoberta a sonegação. Identificado o valor, ele é embutido como ‘custo operacional’ ou como ‘contabilização de contingências tributárias’ da empresa e, assim, é revertido para o preço final dos produtos comercializados, cobrado, portanto, do consumidor final”. Cf. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Pensando o Direito Penal Tributário brasileiro à luz dos acórdãos do Ministro Felix Fischer: necessidade de urgente revisitação e revisão legislativa e jurisprudencial. In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey. (Org.). **Sistema Penal em debate** - Estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer. 1 ed. Curitiba: IEA Editora, 2015, p. 29.

<sup>469</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S.. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2016, p. 13.

<sup>470</sup> ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 26; Vide item 4.1.5.

<sup>471</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez y Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 125. Vide também: EISELE, Andreas. Crítica ao direito penal tributário brasileiro. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 19 e ss.

una política de gastos con poca aceptación, um Derecho fiscal percebido como injusto e incompreensible, así como la falta de una persecución consecuente y de una sanción adecuada de los ataques contra este Derecho, ofrecen también al ciudadano fiel al Derecho la posibilidad de *neutralizar* las propias agresiones normativas y de este modo fomenta la comisión de fraudes fiscales.

Portanto, face aos elevados custos de conformidade e benefícios econômicos provenientes da conduta delitativa (maximização da renda), do baixo custo em termos sancionatórios (consequências eminentemente monetárias) e dos reduzidos custos morais (sentimento de culpa) e reputacionais (sanções informais) da conduta delitativa, tem-se que, de uma perspectiva racional, os indivíduos tendem a praticar a conduta ilícita.

## 5.5 ANÁLISE POSITIVA DO SISTEMA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA EVASÃO TRIBUTÁRIA

O Direito Penal, por meio da imposição de uma espécie qualificada de sanção, a pena, visa tutelar imediatamente a arrecadação tributária e mediatamente a função social do tributo, dissuadindo condutas potencialmente lesivas à ordem tributária, qualificadas pelo meio fraudulento empregado para a redução e supressão do pagamento dos tributos devidos. De outro lado, mediante o instituto da suspensão/extinção da punibilidade visa estimular a reparação do dano causado ao erário por meio do parcelamento/pagamento do débito tributário.

Cumprindo agora, partindo-se da premissa de que a prevenção do delito não se resume a uma *política penal*, contemplando, antes e além, instrumentos não punitivos e técnicas de intervenção direta e situacional voltadas à restrição do conjunto de oportunidades e alteração dos resultados de oportunidades, avaliar as consequências da política criminal e de sua aproximação com as estratégias arrecadatórias, a partir do possível comportamento dos indivíduos frente aos incentivos e desincentivos produzidos.

### 5.5.1 Aumento da probabilidade de autuação

A forma como o governo se relaciona com a sociedade foi alterada consideravelmente com a informatização dos órgãos públicos. No que se convencionou chamar governo eletrônico, *e-government* ou *e-gov*, foram reduzidas as burocracias, adotadas novas técnicas de gestão, aumentadas a transparência e eficiência e ampliados os mecanismos de participação e *accountability*.

Neste novo contexto, a dificuldade fiscalizatória por parte da administração tributária foi consideravelmente reduzida. As fiscalizações tributárias que outrora dependiam demasiadamente de recursos humanos para a realização de auditorias documentais (livros fiscais, notas fiscais) e verificação das variáveis que definem as bases de cálculo (rendas, vendas, rendimentos, entre outras) dependem, atualmente, de computadores com grande capacidade de processamento e de uma grande quantidade de dados fiscais. Com isso, promovem de forma cada vez menos custosa e mais eficiente a apuração das bases tributáveis, o cálculo correto das obrigações tributárias e, diante de eventuais infrações fiscais ou penais, a lavratura de autuações fiscais para lançamento do crédito e a elaboração de representações fiscais para fins penais<sup>472</sup>.

Dentre as estratégias adotadas, voltadas à ampliação dessa base de dados, no âmbito nacional e internacional, destacam-se a instituição e implementação do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped)<sup>473</sup>, a celebração de convênios para intercâmbio de informações<sup>474</sup>, a adesão a diversos acordos de cooperação intergovernamentais (IGAs) para o intercâmbio periódico e automático de informações em matéria fiscal<sup>475</sup>, a adesão a acordos estruturados

---

<sup>472</sup> Sobre os riscos normalmente associados à quebra da privacidade e da segurança dos dados dos contribuintes, associados às tecnologias que ampliam enormemente a eficiência estatal, vide RIBEIRO, Marcelo Miranda; FREITAS, Cinthia O. de A. Análise crítica do *e-government* como instrumento de eficiência da arrecadação tributária. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 9, n. 3, p.205-232, set./dez. 2012, p. 224-228.

<sup>473</sup> Fundamentado no artigo 37, inciso XXII, da Constituição Federal e Instituído pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, tem como objetivos: promover a integração dos fiscos, mediante a padronização e compartilhamento das informações contábeis e fiscais, respeitadas as restrições legais; racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com o estabelecimento de transmissão única de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos fiscalizadores, tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários, com a melhoria do controle dos processos, a rapidez no acesso às informações e a fiscalização mais efetiva das operações com o cruzamento de dados e auditoria eletrônica. Atualmente conta com 12 módulos.

<sup>474</sup> No âmbito da Receita Federal, destacam-se os convênios que permitem o acesso a importantes bases de dados, tais como o Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), o Sistema de Registro e Controle das Operações com Papel Imune (Recopi) e o CENSEC, sistema administrado pelo Colégio Notarial do Brasil cuja finalidade é gerenciar banco de dados com informações sobre existência de testamentos, procurações e escrituras públicas de qualquer natureza, inclusive separações, divórcios e inventários lavrado em todos os cartórios do Brasil.

<sup>475</sup> Vide os já aprovados (por meio dos Decretos Legislativos de nº 211/2013 e 146/2015) e promulgados (mediante os Decretos de nº 8.003/13 e 8.506/2015) acordos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para promover, respectivamente, o “Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos” e a “Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA”. Ademais, tramitam perante a Câmara dos Deputados os seguintes acordos celebrados entre a República Federativa do Brasil e: (i) Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, celebrado em Brasília, em 28 de setembro de 2012 (PDC 548/2016), (ii) República Oriental do Uruguai, assinado em Brasília, em 23 de outubro de 2012 (PDC 337/2016), (iii) Governo do Arquipélago das Bermudas, assinado em Londres, em 29 de outubro de 2012 (PDC 488/2016), (iii) Governo de Jersey, assinado em Londres, em 28 de janeiro de 2013 (PDC 300/2015), (iv) Estados de Guernsey, celebrado em Londres, em 6 de fevereiro de 2013 (PDC 414/2016), (v) Governo das Ilhas Cayman, assinado em Brasília, em 19 de março de 2013 (PDC 435/2016), (vi) Governo da Jamaica, assinado em Kingston, em 13 de fevereiro de 2014 (PDC 514/2016), e (vii) Confederação Suíça, assinado em Brasília, em 23 de novembro de 2015 (PDC 486/2016).

sob o padrão *Common Reporting Standard* (CRS), consubstanciados em mecanismos de intercâmbio multilateral de informações fiscais<sup>476</sup> e a colaboração com o *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, relativo a estratégias de planejamento fiscal voltadas a explorar falhas e inadequações fiscais, uma tentativa de regulamentar planejamentos tributários internacionais abusivos<sup>477</sup>.

O Sped possibilita que o *e-fisco* cruze informações prestadas pelos contribuintes (pessoas físicas e jurídicas) no cumprimento de obrigações acessórias exigidas pelos entes federativos, identifique inconsistências nas informações prestadas e realize acompanhamentos econômico-tributários diferenciados e especiais, o que facilita, sobremaneira, as auditorias. Para tanto, de um lado exige-se que determinados setores da atividade econômica apresentem declarações especiais como a Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (DIMOB), a Declaração de Serviços Médicos (DEMED), Declaração de Operações com Cartões de Crédito (DECRED). De outro, no âmbito estadual e municipal, atua-se sobre os cidadãos, incentivando-os a exercerem o direito de exigir a nota fiscal a que todo fornecedor/prestador está legalmente obrigado a emitir, em setores de difícil fiscalização, como o setor varejista e o setor de serviços, por meio de programas de incentivo à cidadania fiscal<sup>478</sup>.

Ademais, por meio do Sped não são aprimorados apenas os mecanismos internos de fiscalização como também são coletados e armazenados dados indispensáveis para intercâmbio

---

<sup>476</sup> Sobreleva mencionar a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal firmada em 2011, ratificada por meio do Decreto lei nº 8.842 de 29 de agosto de 2016 e em vigência desde 1º de outubro do mesmo ano, e o *Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters* – AEOI – firmada em 2014 no Âmbito do G-20, que intenta viabilizar – para o Brasil, já a partir de 2018 – trocas de informações sobre contas bancárias de contribuintes entre o seu país de origem e o país onde reside, incluindo inúmeras categorias de rendimentos, tais quais dividendos, juros, royalties, vencimentos/salários/remunerações, pensões, dentre outros. Cf. OCDE. **Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters**, 2012. Disponível em: <goo.gl/lyozGx>. Acesso em: 09 jan. 2017.

<sup>477</sup> No que diz respeito à elisão, diretrizes internacionais recomendam a adoção de regras de revelação obrigatória de operações, arranjos ou estruturas agressivos(as) ou abusivos(as). Nesta linha, procurou-se instituir a “obrigatoriedade” das declarações ou consultas de planejamento tributário, por meio da Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015. As previsões, extremamente tendenciosas e redigidas por meio de expressões abertas, estabelecidas nos artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13, foram alvo da ADI 5.366/DF, extinta sem julgamento do mérito, por restar prejudicada face às alterações introduzidas mediante a publicação da Lei nº 13.202/2015, que não reproduziu os dispositivos. Cf. OCDE. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <https://goo.gl/EpiI5P>. Acesso em: 06 fev. 2017; OCDE. **Mandatory Disclosure Rules, Action 12** - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/ojVy5y>. Acesso em: 06 fev. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5366/DF**. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.12.2015, publicado em 15.12.2015.

<sup>478</sup> Quando o consumidor exige uma nota fiscal eletrônica e pede para inserir o seu CPF, necessariamente obriga o vendedor/prestador a reportar à autoridade fazendária, eletronicamente, a ocorrência do fato gerador. Além disso, a emissão da nota fiscal eletrônica inviabiliza a prática de outras condutas caracterizadoras da sonegação fiscal, como a emissão de notas fiscais “subfaturadas”, “calçadas” e “paralelas”.

internacional de informações em matéria tributária<sup>479</sup>. Destaque-se que no plano internacional, esta nova conjuntura significará, até 2018, a transferência automática de informações fiscais entre, pelo menos, 108 Estados Soberanos – cifra de jurisdições signatárias da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal em 03 de janeiro de 2017<sup>480</sup> – hipótese impraticável segundo as normativas e organizações tradicionais. Mais do que isso: além de disciplinar a transferência automática de informações, a Convenção de Assistência Mútua Administrativa, promulgada por meio do Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016, prevê também o procedimento para assistência à cobrança de créditos fiscais, autorizando o Estado requerido à tomada de providências cautelares voltadas à salvaguarda do crédito fiscal, ainda que este seja impugnado ou o título executório ainda não tenha sido emitido.

Como medidas de caráter técnico, inculcadas no âmbito administrativo de fiscalização, podem expressar um significativo avanço na prevenção de crimes tributários, já que retratam, precisamente, a implementação de uma prevenção técnica antes de uma prevenção normativa voltada à persuasão do potencial infrator pela ameaça do Direito Penal. A adoção dessas medidas voltadas ao atendimento dos interesses fazendários, entretanto, deve se dar em consonância com a proteção aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes brasileiros, assunto de extrema importância e magnitude, que excederia os contornos do presente trabalho<sup>481</sup>. Ademais, não se pode deixar de levar em consideração os custos de conformidade impostos aos cidadãos e à iniciativa privada, já que a informatização do cumprimento das obrigações tributárias desacompanhada da desburocratização e simplificação do sistema tributário brasileiro, tão somente mudaria para um outro plano, o eletrônico, o caos tributário já existente.

---

<sup>479</sup> Veja-se, por exemplo, a implantação do sistema “e-Financeira” que aprimora os mecanismos internos de fiscalização e armazena dados que servirão de lastro para a troca de informações no âmbito do FATCA. Trata-se de obrigação acessória de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal, listadas na Instrução Normativa nº 1571 de 02 de julho de 2015. Mencionada IN obriga as entidades nela listadas em seu art. 4º à prestação de informações relativas às operações financeiras mencionadas nos incisos I, II e VIII a XI do caput de seu art. 5º, quando o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, for superior a R\$2 mil no caso de pessoas físicas e R\$6 mil, no caso de pessoas jurídicas.

<sup>480</sup> OCDE. **Jurisdictions participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters** – Status 3 January 2017. Disponível em: <goo.gl/QmyaVy>. Acesso em: 09 jan. 2017.

<sup>481</sup> Vide nesse sentido, por exemplo, a recente decisão pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, que instituiu a transferência dos dados protegidos pelo sigilo bancário diretamente à Receita Federal do Brasil, independentemente de prévia ordem judicial. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2859/DF**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24.02.2016, publicado em 21.10.2016.

Inobstante estas observações, em um cenário como este que começa a ser estruturado, a elevada probabilidade de autuação acaba por aumentar a percepção do risco de ser autuado pelo contribuinte. Além disso, a atuação integrada e coordenada – respeitada a independência funcional –, de órgãos da administração tributária, com órgãos do Ministério Público e de Segurança Pública, tem aperfeiçoado as investigações acerca de possíveis evasões fiscais. Os reflexos desse aprimoramento podem ser vislumbrados em representações fiscais para fins penais<sup>482</sup> que contêm elementos dispensáveis no âmbito do processo administrativo fiscal – tendo em vista que a atribuição de responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção dos agentes ou dos responsáveis (artigo 136, do Código Tributário Nacional) –, mas imprescindíveis para o Processo Criminal. Neste, requer-se a demonstração da autoria, da materialidade das específicas condutas fraudulentas previstas nos tipos penais instrumentais à evasão parcial ou total do tributo devido (omissão de informação, declaração falsa, omissão de operação, falsificação de documentos, dentre outras) e do elemento subjetivo do tipo (dolo), uma vez que não se pune a ausência ou insuficiência do pagamento<sup>483</sup> nem se admite presunções de culpa.

Neste sentido, a percepção do risco pelo contribuinte, relacionado à possibilidade de autuação, responsabilização administrativo-fiscal e, eventualmente, responsabilização jurídico-penal, tem sido paulatinamente ampliada pelo aperfeiçoamento das fiscalizações e atuações coordenadas entre as autoridades fazendárias e demais órgãos de persecução penal.

Essa percepção do risco é um importante mecanismo para a dissuasão de comportamentos ilícitos, em que pese não seja – e não deva ser – o principal fator a ser considerado quando se busca o cumprimento voluntário das obrigações. Os esforços, neste último caso, devem estar voltados para o fomento da participação voluntária, da cooperação, do aumento da transparência, da redução dos custos de conformidade e da insegurança jurídica.

No entanto, com relação aos potenciais delinquentes, o incremento dos custos da evasão fiscal por meio do incremento da probabilidade de detecção e persecução pelo Estado é de grande valia<sup>484</sup>. Isso não afasta, sem embargo, a necessidade de sanção, que deve representar uma consequência não gravosa mas *certa* da prática ilícita, seja no âmbito administrativo

---

<sup>482</sup> Portaria RFB nº 2439, de 21 de dezembro de 2010.

<sup>483</sup> Inexiste no ordenamento jurídico a possibilidade de prisão por dívida, excetuada a hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII, Constituição Federal).

<sup>484</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 125.

(sanções administrativas), seja no âmbito penal (sanção penal), quando constatada a prática de um crime.

### 5.5.2 Magnitude da sanção

A consequência imediata de um *ilícito administrativo tributário caracterizador de ilícito penal* consiste na sanção administrativa tributária de cunho patrimonial fixada em patamares diretamente relacionados com o *quantum debeatur*, ou seja, como um percentual sobre o valor do tributo não pago ou intencionalmente defraudado. Esta é a principal mas não única consequência administrativa, uma vez que não se pode olvidar das sanções tributárias não pecuniárias, como a sujeição a regime especial de controle e fiscalização, cassação de regime especial de recolhimento de tributo, dentre outras.

Face à nova conjuntura interna e externa anteriormente apresentada, por meio da qual se reforçam os expedientes de fiscalização, a magnitude da sanção administrativa tributária tem sido elevada pelo aumento da probabilidade de imposição da pena (*p*). Entretanto, em que pese a elevação do custo esperado por meio do aumento da probabilidade de imposição da sanção (*p*), os ilícitos mais graves não apenas precisam ser solucionados com mais frequência, mas também punidos (*f*) de forma mais severa do que os ilícitos mais leves.

No que diz respeito à sanção pecuniária, há no âmbito administrativo óbices semelhantes aos existentes quanto à sua utilização de forma autônoma na esfera penal. Ela enfrenta problemas de eficácia dissuasiva – já que sanções monetárias podem ser facilmente contabilizadas como custo esperado da prática ilícita –, proporcionalidade e vedação ao confisco<sup>485</sup>. Neste sentido, se os custos esperados das práticas ilícitas mais graves e danosas à arrecadação fossem elevados por um incremento da severidade da sanção administrativa (para tal fixada em percentuais demasiadamente altos), certamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade seriam violados, sem que se obtivesse, em contrapartida, uma efetiva dissuasão.

---

<sup>485</sup> O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda o efeito confiscatório na seara tributária, reconheceu que os limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, prevista no artigo 44, I, § 1º da Lei 9.430/1996 no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, é tema controvertido que revela inequívoca repercussão geral. O *leading case* RE 736090 de Relatoria do Ministro Luiz Fux, aguarda julgamento. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 736090/RG**. Rel. Ministro Luiz Fux.

Não por outro motivo, o Estado optou por também se valer do Direito Penal, tipificando as condutas que dificultam ou impossibilitam a descoberta do crédito tributário pelo engodo, embuste e ludíbrio a que a Fazenda Pública é conduzida<sup>486</sup>. Mediante a atribuição de custos diferenciados à prática delitiva o Direito Penal passou a ser a *ultima ratio* na dissuasão do potencial delinquente. Estes custos correspondem à sanção penal e à reprovação própria que a criminalização de condutas acarreta (custos morais e reputacionais) por meio da declaração da gravidade do fato<sup>487</sup>.

Ocorre que, inobstante a atribuição de consequências penais negativas, a política criminal, no que diz respeito aos delitos tributários, sempre esteve voltada ao incentivo à *reparação do dano* como meio hábil a afastá-las, valendo-se, para tanto, do instituto da extinção da punibilidade.

Fundamentado em interesses *político-criminais*, o mencionado instituto pode ser um mecanismo hábil a afastar a pena *desnecessária* no caso concreto nas hipóteses em que o sujeito ativo do delito, mediante uma oportuna e útil atitude (comportamento pós-delitivo voluntário<sup>488</sup>), se reconcilia com os valores ético-sociais tutelados pela norma incriminadora e repara o dano causado (conteúdo positivo)<sup>489</sup>. Por outro lado, assente em interesses *político-fiscais*, acaba por configurar uma ferramenta de barganha, um meio pelo qual o Estado compele o cidadão à quitação do crédito tributário. No primeiro caso, a sanção penal é uma consequência

---

<sup>486</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Doutrinas essenciais: direito penal**. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 444.

<sup>487</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 22-23.

<sup>488</sup> Conforme destaca SANCHEZ RIOS, “no concernente às causas de extinção ou de liberação de punibilidade, importa a voluntariedade como atuação positiva na qual o agente, respeitando os limites temporais estabelecidos pela norma, venha por meio deste comportamento atenuar o desvalor da ação e do resultado. Criam-se, assim, condições para a desnecessidade de uma medida penal, uma vez que seu comportamento reparador ajustou-se aos fins da prevenção geral e especial da pena. A voluntariedade, como elemento do comportamento positivos pós-delitivo, devera prescindir-se de qualquer julgamento quanto ao mérito e aos motivos do seu propósito e da espontaneidade do seu ato, podendo o agente beneficiar-se de uma redução parcial ou de uma extinção total da punibilidade (dependendo da escolha adotada pelo legislador)”. Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 51.

<sup>489</sup> FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017, p. 206. EISELE destaca que “o sistema geral dos efeitos da reparação do dano no Direito Penal, é orientado pela valoração de dois aspectos, quais sejam, a compensação da afetação do bem jurídico e o significado cultural do ato do sujeito que demonstra uma modificação de postura ética ante o fato anteriormente implementado. Nesse contexto, a reparação completa do dano, caracterizada pela voluntariedade da conduta do sujeito, compensa a lesão ao bem jurídico e indica a modificação ética do autor do fato, o que exclui a necessidade de intervenção penal devido à reposição do interesse tutelado (com o que se atenua o significado social negativo do fato) e à adequação ética do sujeito (demonstrando a desnecessidade de imposição de medidas orientadas à prevenção individual). Cf. EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 56.

*provável* da prática delitiva, afastável somente em condições restritas, de cariz penal, que evidenciam a desnecessidade da pena no caso concreto. No segundo, a sanção penal é uma consequência *condicionada* à ausência de quitação do crédito tributário pelo sujeito ativo do delito. Os incentivos decorrentes desta ou daquela configuração são significativamente diferenciados.

Tendo por parâmetro temporal o início da ação fiscal administrativa, a extinção da punibilidade proporciona a verificação de bases tributáveis anteriormente desconhecidas pela autoridade administrativa e estimula o retorno do contribuinte à honestidade fiscal<sup>490</sup>. O indivíduo, neste caso, promove a *autodenúncia* e paga o tributo devido acrescido dos juros de mora em virtude da probabilidade de autuação e imposição de uma sanção administrativa tributária. À vista disso, não se afasta apenas a responsabilidade por infrações na esfera administrativa, como também a punibilidade na esfera penal, já que uma vez supridas as finalidades preventivas – geral e especial – pelo comportamento voluntário do indivíduo reparador do dano, não há necessidade de aplicação da pena<sup>491</sup>.

Esse limite temporal para a regularização pós-delitiva, entretanto, foi demasiadamente ampliado com as sucessivas mudanças legislativas da matéria: do momento anterior ao início do processo administrativo fiscal, passou-se para momento anterior ao julgamento do processo administrativo fiscal, momento anterior ao recebimento da denúncia, a qualquer momento durante a ação penal e, inclusive, por interpretação jurisprudencial, momento posterior ao trânsito em julgado<sup>492</sup>.

O prevailecimento de interesses *político-fiscais* não apenas instrumentalizou o Direito Penal, mas também afastou o critério temporal apto a demonstrar a voluntariedade no

---

<sup>490</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141. PAULSEN adverte que “o objetivo da norma é estimular o contribuinte infrator a colocar-se em situação de regularidade, resgatando as pendências deixadas e ainda desconhecidas por parte do Fisco, com que este recebe o que lhe deveria ter sido pago e cuja satisfação, não fosse a iniciativa do contribuinte, talvez jamais ocorresse. A previsão legal é absolutamente consentânea com uma estrutura tributária incapaz de proceder à fiscalização efetiva de todos os contribuintes e que precisa, demais, estimular o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias, seja tempestivamente, seja tardiamente. Na medida em que a responsabilidade por infrações resta afastada apenas com o reconhecimento e cumprimento da obrigação, preserva-se a higidez do sistema, não se podendo ver nela nenhum estímulo à inadimplência”. Cf. PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição, Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7. ed. Livraria do Advogado: ESMAFE: Porto Alegre, 2005, p. 1017.

<sup>491</sup> SÁNCHEZ RIOS, op. cit.; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

<sup>492</sup> Vide nota 428.

pagamento ou parcelamento por parte do agente<sup>493</sup>, favorecendo, desta forma, comportamentos oportunistas que, apesar de atenderem ao escopo arrecadatário, não visam reparar o dano socialmente provocado, mas tão somente afastar a pena por reconhecer na regularização da situação tributária uma vantagem pessoal.

No mínimo, a atual configuração se mostra anti-isonômica, na medida em que condiciona o tratamento mais benigno (afastamento da pena) à favorável posição econômica do delincente. Assim, para aqueles que – por inúmeras circunstâncias – não têm condições econômicas de reparar o dano, não resta outra alternativa que não a de se “submeter” à pena<sup>494</sup>. A aproximação do Direito Penal com estratégias arrecadatórias, neste aspecto, provoca “confusões na discussão político-criminal”<sup>495</sup>, pois no anseio de promover a arrecadação de vultosos créditos tributários o legislador olvida que condutas fraudulentas que acarretam a supressão ou redução do pagamento de tributos são amplas e podem ser praticadas pelos contribuintes em geral, e não apenas pela criminalidade empresarial ou organizada<sup>496</sup>.

A configuração fica tanto mais discrepante, quando se verifica que, diante da ausência de um limite temporal para que os indivíduos possam se beneficiar do afastamento das consequências penais pela reparação do dano, aqueles que possuem condições econômicas para efetuar o pagamento do crédito tributário poderão maximizar sua utilidade, orientando suas

---

<sup>493</sup> SÁNCHEZ RIOS adverte que “o respeito aos limites temporais estabelecidos pelo legislador reforça a acertada orientação de vincular estas causas de extinção de pena e as atenuantes aos fins da pena. Não pode ser de outra forma, pois desrespeitados estes limites subsistem as razões de prevenção geral e prevenção especial de imposição da pena. Por outro lado, o critério discricional do legislador em estabelecer um limite temporal vincula-se às peculiaridades do fato delitivo, sobretudo quanto à efetividade de uma reparação e ao cumprimento de razões de política criminal. Não há como recusar um limite temporal específico para cada delito, sempre e quando respeitadas as características inerentes às modalidades delitivas, e assim impedir a instrumentalização do sistema penal”. Mais adiante, destaca que “como cópia mal sucedida da legislação alemã, a extinção ou liberação de pena para os delitos fiscais no ordenamento jurídico carece dos critérios da voluntariedade e reparação” [...] “A crítica maior, quanto a esta voluntariedade normatizada, fica por conta de que esta não retifica qualquer atuação delitiva nos casos nos quais se deflagrou a atuação da autoridade administrativo-fiscal ou da autoridade do Ministério Público”. Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52 e 155-156.

<sup>494</sup> Ibid., p. 88.

<sup>495</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 45.

<sup>496</sup> Conforme destacam GUIMARÃES e GUARAGNI “nesse modelo, a lei penal brasileira de hoje pune uma parcela incauta de pequenos e médios empresários e mais ninguém. Os grandes sonegadores do fisco não são alcançados, pois têm a oportunidade de contabilizar como custo o risco de serem surpreendidos na sonegação, repassando esse risco ao consumidor final, embutido no preço das mercadorias”; “nesse modelo de interpretação tupiniquim quem pode ser alcançado pela lei penal tributária é somente aquele que não conseguiu fazer um contingenciamento de valores para sanar o problema penal com o pagamento parcelado do imposto devido, cuja sonegação foi descoberta pela fisco”. Cf. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Pensando o Direito Penal Tributário brasileiro à luz dos acórdãos do Ministro Felix Fischer: necessidade de urgente revisão legislativa e jurisprudencial. In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey. (Org.). **Sistema Penal em debate** - Estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer. 1 ed. Curitiba: iEA Editora, 2015, p. 29 e 30, respectivamente.

decisões de como pagar e de que forma pagar, de acordo com as possíveis ou tomadas decisões políticas (ex: abertura de um programa de parcelamento com condições vantajosas) e jurídicas (ex: sentença condenatória confirmada em segunda instância).

Aliás, em um ambiente de incerteza – tal como o decorrente da insegurança jurídica provocada pelas sucessivas mudanças na matéria –, o cálculo dos indivíduos não se orienta pelo direito posto, mas pela *expectativa* com relação às normas. Esta consiste em uma das diferenças entre a abordagem hermenêutica e a abordagem juseconômica: na primeira a normatividade é pressuposta, na segunda, “a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos”<sup>497</sup>.

A sinalização equivocada do Estado com relação à *voluntariedade* da conduta – expressada mediante a constante alteração do limite temporal para a promoção das condutas de declaração, regularização e pagamento –, pode influenciar a decisão dos potenciais delinquentes, seja porque mercantiliza o controle exercido pelo Direito Penal, seja porque coloca em dúvida a própria dignidade penal das incriminações tributárias.

### **5.5.3 Expressão, dissuasão e internalização: impactos sobre a moralidade fiscal, normas sociais e o controle social**

Substituir a relação de subordinação entre Estado e cidadãos por uma relação de cooperação na consecução de objetivos comuns consiste no principal objetivo de uma sociedade que se pretende solidária. Nesta, os indivíduos abandonam o individualismo para assumir responsabilidades sociais em relação à comunidade e o Estado deixa de ser “uma entidade com vida própria e independente, com nome próprio, distinta da sociedade e dos cidadãos”<sup>498</sup>. Ambos, sociedade e estado, tornam-se “conjuntos de cidadãos com deveres comuns na democratização plena das condições gerais mínimas para a vida digna e para o alcance da felicidade possível de todos”<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 21.

<sup>498</sup> FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o Direito Tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Direito Tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 17.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 22.

Quando não há motivação para a cooperação, “sair do Dilema do Prisioneiro é uma das funções básicas do governo”<sup>500</sup>, que deve compelir os indivíduos ao cumprimento das obrigações sociais mediante leis que procuram fazer com que a alternativa de deserção (descumprimento da obrigação tributária) se torne menos atrativa.

Na tradicional forma de controle por meio de sanções aflitivas, em que a alteração de incentivos se dá por meio da imposição de punições aos comportamentos indesejados, o Estado permanece com a incumbência de fiscalizar as condutas para atribuir as responsabilidades, de forma que, à medida que a probabilidade de fiscalização diminui, também é reduzida a disposição dos indivíduos de observância à norma.

Por outro lado, em ambientes de cooperação, as normas sociais e as restrições morais são de suma importância, porque aumentam a conformidade e reduzem os custos de monitoramento e *enforcement*. Elas contribuem (i) aumentando a importância do futuro em relação ao presente (o que diminui a preferência por benefícios imediatos<sup>501</sup>), (ii) alterando as recompensas e (iii) transmitindo valores. Estes aspectos, de acordo com AXELROD<sup>502</sup>, são fundamentais para o aperfeiçoamento da cooperação.

COOTER destaca que, ao expressar valores sociais, o direito pode inclinar um sistema de normas sociais para um novo equilíbrio, bem como alterar valores individuais de pessoas racionais<sup>503</sup>. Segundo o autor, existe uma dinamicidade entre direito, normas sociais e moralidade capaz de “ensejar formas efetivas de regulação na sociedade”<sup>504</sup>. Essa dinamicidade decorre da influência existente entre: (i) declaração de obrigações e expressão, (ii) justificativa e internalização, e (iii) aplicação de sanção àqueles que violam as leis e dissuasão<sup>505</sup>.

### 5.5.3.1 Expressão

Segundo COOTER “a proclamação de uma obrigação legal fornece aos indivíduos as instruções sobre como agir”<sup>506</sup>, seja com relação aos demais concidadãos, seja com relação ao próprio Estado. Por meio do efeito expressivo, a lei pode alterar o número de pessoas dispostas a obedecer à norma se for capaz de “sinalizar a cada indivíduo como os demais irão se

---

<sup>500</sup> AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. trad. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 125.

<sup>501</sup> Ibid., p. 119.

<sup>502</sup> Ibid., p. 118.

<sup>503</sup> COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

<sup>504</sup> Ibid., p. 281.

<sup>505</sup> Ibid.

<sup>506</sup> Ibid., p. 301.

portar”<sup>507</sup>. Entretanto, o resultado depende, como será exposto adiante, dos diferentes níveis de internalização da norma social pelos cidadãos e da inclinação favorável à coerção informal.

A expressão também influencia o comportamento dos cidadãos com relação ao Estado. Quando este conta com alta credibilidade pode interferir nas escolhas daqueles simplesmente ao pronunciar a lei<sup>508</sup>, seja por meio de uma “conversa séria” (*expensive talk*), seja por meio de uma “conversa fiada” (*cheap talk*). A primeira é “formal, legalista e desajeitada”<sup>509</sup> e altera os *incentivos* (*payoffs*). A segunda faz uso do sentido expressivo da lei e altera *expectativas*<sup>510</sup>.

A conversa fiada é por demais útil em um Estado Democrático, pois reduz os custos de transação e, quando franca, promove o debate público. Entretanto, ela depende consideravelmente da credibilidade do governo perante os cidadãos<sup>511</sup>. Essa conversa fiada pode ser “crível” (digna de crédito), quando o Estado faz com que os cidadãos acreditem no que vai fazer, quando tenciona fazer. Por outro lado, pode ser inverossímil (digna de descrédito), quando o Estado anuncia planos irrealistas, de modo que os indivíduos imaginam que, na verdade, as autoridades estão planejando algo diferente do divulgado<sup>512</sup>. Nesse caso, desenvolvem-se duas hipóteses igualmente ineficazes: um “jogo de enganos perfeitos” (*game of perfect deceit*), no qual o governo quer que os cidadãos acreditem no oposto dos seus planos verdadeiros; ou “jogo dos enganos imperfeitos” (*game of imperfect deceit*), no qual por algumas vezes o governo quer que os cidadãos acreditem no oposto de seus planos verdadeiros, mas nem sempre<sup>513</sup>.

#### 5.5.3.2 Internalização

Um indivíduo racional internaliza uma norma quando o compromisso com ela apresenta uma vantagem em relação às preferências originais, ou seja, o indivíduo passa a estar disposto a sacrificar algo (tempo, dinheiro, esforço) para obedecê-la porque adquire um “gosto pela

---

<sup>507</sup> COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 290.

<sup>508</sup> Ibid., p. 290-291.

<sup>509</sup> Ibid., p. 294.

<sup>510</sup> Ibid., p. 291.

<sup>511</sup> Ibid., p. 294.

<sup>512</sup> Ibid., p. 293.

<sup>513</sup> Ibid., p. 293.

norma”<sup>514</sup>, bem como quando assume um compromisso moral para com ela, com o intuito de maximizar suas oportunidades<sup>515</sup>.

O Estado tem poderes limitados para direcionar os cidadãos a internalizarem valores e pouco sucesso ao tentar instilar a consciência cívica nas pessoas, pois, tendo em vista que sua relação com os cidadãos é marcada pela impessoalidade, não pode inferir o caráter e a moralidade a partir do comportamento de determinado indivíduo.

As influências sobre o caráter são exercidas por meio da família, dos amigos, dos colegas em relações interpessoais. O comportamento humano é, em grande parte, moldado pelo comportamento das pessoas do entorno social. Disso decorre que, além de serem motivados por análises de *custo-benefício*, os indivíduos também são motivados por questões de *pertencimento e aprovação social*.

Por isso, COOTER destaca que uma das formas de incentivar as pessoas a desenvolverem consciência cívica, consiste no alinhamento da lei com a moral, pois “quando a lei está em linha com a moralidade, os indivíduos que cultivam a moralidade necessariamente adquirem consciência cívica”. Por conseguinte, “a lei se vale da força da moral internalizada para atingir os objetivos do Estado”<sup>516</sup>.

### 5.5.3.3 Dissuasão

Enquanto a internalização afeta o número de pessoas dispostas a pagar, a dissuasão altera o preço a ser pago (custo)<sup>517</sup>.

De acordo com COOTER, “a lei, quando está de acordo com as normas sociais vigentes, poderá empregar as sanções estatais a fim de suplementar as sanções sociais. Por exemplo, as multas impostas pelo Estado se somam à vergonha de ser condenado por sonegar imposto”<sup>518</sup>. À medida que uma sanção social é suplementada por uma sanção legal, há um aumento na sanção total que, por outro lado, reduz o custo relativo à obediência à norma.

---

<sup>514</sup> Na economia, conforme esclarece o autor, “o indivíduo que está disposto a pagar algo para consumir um bem é aquele que tem um ‘gosto’ (*taste*) pelo bem (afinal, se o indivíduo não tivesse esse ‘gosto’ ele não estaria disposto a pagar nada)”. Cf. COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

<sup>515</sup> Ibid., p. 300. Do mesmo autor, vide: COOTER, Robert D. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998.

<sup>516</sup> COOTER, op. cit., p. 301.

<sup>517</sup> Ibid., p. 297

<sup>518</sup> Ibid., p. 295.

Quando o nível de internalização da norma social pelos indivíduos já é elevado, eles se tornam mais severos com aqueles que não cumprem a norma legal; e os cidadãos desrespeitosos, por sua vez, temendo a censura dos demais, tornam-se mais diligentes. Neste cenário, o número de pessoas cumprindo a norma aumenta e o custo líquido<sup>519</sup> associado à observância suportado por cada indivíduo diminui, pelo efeito do conformismo, comportamento de “manada” ou solidariedade social<sup>520</sup>.

Portanto, ao expressar valores, uma lei pode inclinar um sistema de normas sociais para múltiplos pontos de equilíbrio<sup>521</sup>. Quando uma lei está de acordo com as normas sociais vigentes, a sanção legal imposta a determinada prática ilícita (ex: sanção criminal) é complementada pelas sanções sociais (ex: sentimento de vergonha). Neste caso opera-se a dissuasão. À medida que sanções legais são reforçadas por sanções sociais, os custos líquidos de obediência à norma são reduzidos pela elevação do cumprimento. Tem-se, dessa forma, o efeito da internalização, que corresponde ao aumento no número de indivíduos que irão cumprir a norma, ou, em outros termos, que estão dispostos a pagar o preço para obedecê-la, porque desenvolvem um “gosto” por ela (ex: os indivíduos pagam tributos porque assumem responsabilidades sociais em relação à comunidade e o Estado).

#### 5.5.3.4 Efeitos da interação

As normas sociais são vagas e imprecisas, por exemplo, quanto às obrigações dos contribuintes e quanto às sanções apropriadas para os defraudadores. Conforme destaca COOTER, “a promulgação de uma lei geralmente transforma o princípio vago, cuja sanção é imprecisa, em uma obrigação explícita com uma sanção definida”<sup>522</sup>.

A lei que tipifica a conduta fraudulenta voltada à supressão e redução dos tributos devidos, cominando-lhe uma pena, *expressa* uma *reprovação social* com relação a esse comportamento. Por outro lado, sucessivas leis que concedem a extinção de punibilidade pelo

---

<sup>519</sup> Conforme destaca COOTER, “o ato de obedecer uma norma frequentemente impõe custos diretos em dinheiro, perda de oportunidades, inconveniente ou esforço. Além disso, o ato de obedecer a uma norma frequentemente possui valor instrumental que se traduz na possibilidade de receber elogios, respeito, promoções ou tratamento preferencial em negócios. Obedecer a uma norma também pode evitar a imposição de uma sanção social”, como a censura pública dos concidadãos. “O custo líquido de se obedecer uma norma corresponde aos custos diretos menos o benefício instrumental”. COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, 287.

<sup>520</sup> Ibid., p. 288.

<sup>521</sup> Id. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998, p. 585.

<sup>522</sup> COOTER, op. cit., p. 302.

pagamento do crédito tributário, desprovidas de qualquer fundamentação nos critérios jurídico-penais da voluntariedade e da reparação do dano<sup>523</sup>, *expressam um interesse arrecadatório e uma complacência para com os defraudadores*. As razões das escolhas *político-criminais* que justificam a criminalização das condutas lesivas à arrecadação tributária (tutela do bem jurídico, prevenção e repressão) e a desnecessidade de aplicação da pena em determinados casos concretos, são contrariadas pelo manifesto interesse arrecadatório que fica mais patente a cada novo programa lançado em momentos de crise econômica e de *deficit* orçamentário.

Isso porque, quando o legislador estabelece uma causa extintiva de punibilidade, “expressamente manifesta que, em relação à determinada conduta delituosa, não há necessidade de aplicação de uma pena por estarem ausentes – ou notavelmente diminuídos – seus fins de prevenção geral e especial”<sup>524</sup>. Os motivos, neste sentido, precisam justificar satisfatoriamente a mencionada medida, afastando a necessidade de prevenção geral (com o comportamento regularizador pós-delitivo, o indivíduo corrige a violação da norma, reafirmando-a perante a coletividade) e prevenção especial (o indivíduo repara o dano e retorna à legalidade) da pena.

Sem uma motivação satisfatória (ex: o indivíduo promove o pagamento após a manutenção da condenação em segunda instância para não cumprir a pena privativa de liberdade que lhe fora aplicada), a finalidade pedagógica da pena é suprimida e a exemplaridade social da conduta se torna meramente aparente<sup>525</sup>. No que diz respeito à prevenção especial, não desestimula vindouras sonegações por parte do contribuinte defraudador, justamente por “demonstrar-lhe as inesgotáveis chances de reiterar a postura fraudulenta que repercutirá amiúde na impunidade do ato”<sup>526</sup>; no tocante à prevenção geral, coloca sob suspeita a integridade do bem jurídico tutelado, cuja lesão passa a ser suportada<sup>527</sup>.

Por meio de uma sinalização equivocada, os demais contribuintes deixam de vislumbrar como reprováveis as condutas atentadoras à arrecadação e à função social do tributo, e, com isso, não se abstêm de praticá-las, já que a consequência penal (mero pagamento do crédito tributário) passa a ser vista como um custo suportável perante os benefícios que a conduta defraudadora poderá proporcionar.

---

<sup>523</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>525</sup> FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017, p. 222.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>527</sup> *Ibid.*

Esta situação é agravada pela  *sinalização* com relação ao comportamento do Estado. Quando este lança programas de parcelamento extraordinários – e nesses programas não apenas concede reduções significativas no montante devido, mas amplia os prazos para adesão ao regime de parcelamento –, valendo-se de benefícios na esfera penal (suspensão e extinção da punibilidade), atua por meio de incentivos, isto é, ele altera os  *payoffs*. Não obstante, o Estado também se utiliza do efeito expressivo da norma, da conversa fiada, valendo-se do discurso de que se trata de oportunidade “única”, para afastar as expectativas dos indivíduos com relação a novos programas, capazes de impactar negativamente o cumprimento voluntário das obrigações.

Dada a existência de interesses contraditórios, o Estado, por meio da política criminal, não consegue interferir nas escolhas individuais mediante uma “conversa fiada crível” (*expensive talk*), pois não logra êxito em induzir os cidadãos a acreditarem no que vai fazer (reprimir as condutas lesivas) porque ele não tenciona fazer (concessão da extinção de punibilidade como decorrência do pagamento do crédito tributário).

Ocorre que o problema não se limita a ausência de credibilidade nas medidas anunciadas pelo governo. Na verdade, isso demonstra que escolhas políticas que deveriam representar uma “exceção”, dada a insegurança jurídica, desigualdade e instrumentalização do Direito Penal que invariavelmente provocam, são percebidas pelos indivíduos como “regras”, gerando na sociedade praticamente uma “expectativa de direito”.

Veja-se que, no programa de  *voluntary disclosure*, o Estado não apenas alterou as recompensas (“conversa séria”) para que os contribuintes pudessem regularizar sua situação de maneira voluntária e menos onerosa – prevendo extinção de punibilidade para os crimes elencados no art. 5º da Lei quando os indivíduos que aderissem ao RERCT transmitissem a Declaração de Regularização Cambial e Tributária (Dercat), e pagassem integralmente o imposto de renda a alíquota de 15% e a multa de regularização, no percentual de 100% do valor do imposto – como buscou se utilizar do poder expressivo da lei para alterar expectativas (“conversa fiada”), sustentando que se trataria de uma “última chance”. Contudo, com relação às expectativas, tamanha é a ausência de credibilidade que muitos cidadãos perderam o prazo para repatriação de ativos<sup>528</sup> contando com a possibilidade de uma – tida por eles como certa –

---

<sup>528</sup> NETO, João Sorima; ALENCASTRO, Catarina; JUNGBLUT, Cristiane. Grandes Bancos já não aceitam processos de repatriação. **O Globo**, 21 de outubro de 2016. Disponível em: <goo.gl/JzsYyc>. Acesso em: 09 jan. 2017.

prorrogação. Como decorrência, um dos objetivos do programa que consistia justamente na reinserção de ativos na economia brasileira, acabou sendo frustrado.

Como anteriormente mencionado, a renovação e edição de medidas de semelhante natureza é uma constante no ordenamento jurídico pátrio, despertando nos indivíduos a convicção de que discursos de “última oportunidade” não passam de um “jogo de engano perfeito”.

Outra consequência da *expressão* de valores sociais pelo Direito consiste na alteração de valores individuais: quando os indivíduos *internalizam* uma norma, eles assumem um compromisso moral com ela<sup>529</sup>. ARIELY<sup>530</sup> destaca que, se as normas sociais que definem o comportamento aceitável não são muito claras, o comportamento dos outros pode moldar a ideia dos indivíduos sobre o que é certo e errado. A *sinalização*, que pode se dar pela conduta dos demais indivíduos ou pelo Estado por meio de lei, tem um papel fundamental para o estabelecimento de padrões morais. Quando uma lei ou instituto sinaliza que comportamentos fraudulentos não sofrerão as consequências previamente estabelecidas, aumenta-se a “margem de manobra”<sup>531</sup> da desonestidade e ditos comportamentos passam não apenas a ser vantajosos, mas também toleráveis de uma perspectiva individual e aceitáveis de uma perspectiva social.

A ausência de consciência cívica é apontada por COOTER<sup>532</sup> como uma consequência do desalinhamento entre lei e moralidade, e pode ser por demais prejudicial em um Estado Social e Democrático de Direito. A assunção de encargos, responsabilidades e deveres confere ao cidadão um papel de protagonista ativo na vida pública<sup>533</sup>, fundamental para a concretização de objetivos comuns a todos os membros da comunidade, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>534</sup>. Sob a perspectiva da cidadania fiscal, a consciência cívica é indispensável para que os indivíduos (i) desenvolvam uma profunda conscientização acerca do dever fundamental de pagar de tributos<sup>535</sup>, (ii) participem do controle do cumprimento desse

---

<sup>529</sup> COOTER, Robert D. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998, p. 585.

<sup>530</sup> ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 175-176.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 24-25.

<sup>532</sup> COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

<sup>533</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 125.

<sup>534</sup> Tal como previsto, por exemplo, no Preâmbulo e artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988. Sobre solidariedade e tributação, vide GODOI, Marciano Seabra de. **Tributo e solidariedade social**. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 141-167.

<sup>535</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

dever pelos concidadãos – uma vez que, o descumprimento por parte de alguns acaba onerando demasiadamente os demais ou inviabilizando a realização dos objetivos constitucionalmente previstos e eleitos como indispensáveis para a plena realização social de todos os membros – e (iii) controlem os modos e os meios de aplicação das receitas, com o objetivo de garantir que o tributo arrecadado seja destinado àquilo que se invoca como motivo para sua exigência.

Quando os indivíduos não internalizam as normas que impõem o dever de pagamento de tributos, deixam de cumpri-las – na grande maioria das vezes fraudulentamente –, porque não estão dispostos a “pagar o preço” para obedecê-las. Isso ocorre porque não desenvolveram um “gosto” por ela e porque os custos líquidos de obediência são elevados devido à inobservância pelos demais membros da comunidade<sup>536</sup>. As pressões de grupo, que em outro cenário conduziriam ao “comportamento de manada” e solidariedade social, passam a operar em sentido contrário, contribuindo para o desenvolvimento de uma “cultura de sonegação”.

KUHLEN, mencionando as pesquisas desenvolvidas por SCHMÖLDERS e sua escola, destaca que as fraudes fiscais, assim como as formas legais de elisão de impostos, são condicionadas pela magnitude da *resistência tributária* dos cidadãos<sup>537</sup>. Esta seria influenciada pela *carga fiscal subjetiva*, isto é, pela perda de utilidade devido a imposição tal como percebida pelo sujeito e pela *moral fiscal*. A *carga fiscal subjetiva* acaba sendo impactada por diferentes “filtros de percepção” relacionados à *técnica de tributação* e à valoração das *prestações estatais* financiadas pelos tributos<sup>538</sup>. Por exemplo, os indivíduos percebem como elevada a tributação da renda porque a perda patrimonial está diretamente relacionada à imposição, ao passo que a tributação sobre o consumo, apesar de mais elevada, é menos perceptível ao consumidor final. Da mesma forma, os indivíduos percebem como elevada a tributação quando não estão satisfeitos com as prestações estatais, ao passo que quando recebem uma contrapartida pelos valores pagos, a resistência quanto ao pagamento diminui. A *moral fiscal*, por sua vez, seria condicionada por fatores situacionais como a consciência do injusto e os controles (esperados)

---

<sup>536</sup> Conforme destaca CARVALHO, os “contribuintes que elidem ou evadem a tributação acarretam distribuição injusta da carga tributária àqueles que não têm recursos para contratar profissionais capazes de efetuar planejamento tributário ou àqueles contribuintes cumpridores da lei”. Cf. CARVALHO, Cristiano. *Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e da economia*. Prefácio. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Fiscosoft, 2014, p. 63.

<sup>537</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 116.

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 116-117.

sociais e estatais<sup>539</sup>, bem como por uma opinião geral sobre o sistema tributário, definida como *mentalidade fiscal*<sup>540</sup>.

A moral fiscal, neste sentido, é profundamente impactada pela ausência de internalização das obrigações impostas pela lei, que tem consequências desfavoráveis também no que diz respeito ao exercício do controle informal do cumprimento do dever de pagamento de tributos pelos demais cidadãos. Condutas que acarretam a supressão ou redução fraudulenta de tributos deixam de ser reprovadas socialmente, e a lei penal não logra êxito em dissuadir os indivíduos porque, além de não contar com a sanção formalmente prevista (sanção criminal) que poderá ser afastada pelo pagamento do tributo, deixa de ser suplementada pelas sanções sociais (ex: sentimento de vergonha). Perde-se, pois, a sincronia entre leis e normas sociais, sanções formais e informais, indispensável para uma regulação/prevenção eficaz<sup>541</sup>.

Portanto, na atual sistemática não apenas se estabelecem incentivos para a prática criminosa, mas também se enfraquecem os controles sociais e a moralidade fiscal indispensáveis para o combate dos comportamentos defraudadores e para o aperfeiçoamento de uma relação de cooperação e cumprimento voluntário das obrigações tributárias.

#### 5.5.4 Impactos sobre o cumprimento voluntário das obrigações

Em estudo elaborado pela RECEITA FEDERAL<sup>542</sup>, a partir dos dados relativos ao ingresso, cumprimento e exclusão, constatou-se que em cada programa de recuperação ou regularização fiscal a maioria dos contribuintes acabava sendo excluída por inadimplência, ou por optar pela inclusão da dívida parcelada em programa superveniente<sup>543</sup>. Esses comportamentos colocam em evidência, segundo o órgão, dois problemas: (i) cultura de não pagamento de dívidas, na expectativa de instituição iminente de um novo programa de parcelamento com condições especiais para o pagamento e (ii) estratégia na rolagem (novação)

---

<sup>539</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 116, tradução nossa.

<sup>540</sup> SCHMÖLDERS, Günter; HANSMEYER, Karl-Heinrich, (1980) **apud** KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 116.

<sup>541</sup> COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

<sup>542</sup> O estudo contempla tanto os sujeitos passivos que aderem aos programas para quitar créditos tributários decorrentes de mero inadimplemento, como aqueles que se valem dessa possibilidade para afastar a responsabilidade criminal. Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

<sup>543</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017, p. 4.

das dívidas<sup>544</sup>, por meio da inclusão dos saldos remanescentes e parcelamento em programas subsequentes. Ademais, malgrado os aumentos momentâneos de arrecadação, criou-se uma certa acomodação nos contribuintes que deixaram de se preocupar com a liquidação de suas dívidas nos prazos normais<sup>545</sup>, utilizando-se de forma contumaz dos programas de parcelamento.

PAES<sup>546</sup>, na sua pesquisa sobre os efeitos do parcelamento tributário sobre o comportamento do contribuinte, aperfeiçoa o modelo de SIQUEIRA e RAMOS<sup>547</sup> que avalia a evasão tributária sob a perspectiva do contribuinte que tende a maximizar a utilidade esperada. PAES inclui a possibilidade do parcelamento como condição da maximização de lucros da firma<sup>548</sup>, tomando como parâmetro o período compreendido entre os anos de 2000 e 2009. A inclusão deste fator é de suma importância, tendo em vista que os sucessivos programas de parcelamento editados desde os anos 2000, e com certa regularidade temporal, criaram expectativas nos contribuintes quanto à possibilidade de pagamento dos tributos eventualmente auditados, com condições mais favoráveis.

De acordo com o autor, no caso referencial, quando “as firmas não têm qualquer expectativa de parcelamentos, o percentual ótimo de pagamento de tributos é de somente 66%, ou seja, as firmas escolhem pagar apenas 2/3 dos tributos devidos”<sup>549</sup>. Por outro lado, “a oferta de parcelamento fez despencar o percentual ótimo de pagamento de tributos para algo em torno de 62%, exceto no último parcelamento concedido, o REFIS da Crise, que se manteve um pouco mais próximo do referencial sem parcelamento”<sup>550</sup>. À vista disso, destacou que o altíssimo grau de informalidade, uma das grandes distorções da economia brasileira, é “agravado pela oferta de parcelamentos tributários com condições muito vantajosas, que enfraquecem a já debilitada disposição de pagar tributos na sociedade”<sup>551</sup>.

A expectativa de promulgação de leis que concedam benefícios de parcelamentos tributários – tanto maior quanto mais favoráveis sejam as condições estabelecidas nos

---

<sup>544</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017, p. 5.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>546</sup> PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>547</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. Evasão fiscal do imposto sobre a renda: uma análise do comportamento do contribuinte ante o sistema impositivo brasileiro. **Economia aplicada**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 3, p. 399-424, set. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

<sup>548</sup> PAES, op. cit., p. 350.

<sup>549</sup> *Ibid.*, p. 354.

<sup>550</sup> *Ibid.*

<sup>551</sup> *Ibid.*

sucessivos programas – tende a enfraquecer, de acordo com PAES, a adimplência tributária tempestiva, como também o pagamento de créditos inscritos em dívida ativa por inadimplemento ou prática ilícita.

Essa tendência de redução da arrecadação espontânea, entretanto, pode não ser observada facilmente, criando-se a “falsa impressão de que a oferta de parcelamentos não traz custo algum para as Administrações Tributárias”<sup>552</sup>. Inobstante, ela pode ser progressiva e permanente, já que decorre do enfraquecimento da cultura tributária e da fragilização das instituições, favorecendo, em particular, a maior evasão fiscal<sup>553</sup>.

Isso porque os mencionados programas beneficiam tanto os contribuintes que deixaram de cumprir suas obrigações (mera inadimplência), quanto os contribuintes que, mediante condutas fraudulentas, suprimiram ou reduziram tributos de forma dolosa (evasão tributária), oferecendo descontos no valor do crédito tributário e facilitando o pagamento com longos prazos para parcelamento.

Não se estabelecem, portanto, diferentes consequências de acordo com os distintos graus de *aprovação* ou *reprovação* do comportamento dos indivíduos. Para aqueles que, (i) movidos pela consciência cívica, moralidade fiscal e solidariedade contribuem espontaneamente, (ii) movidos por interesses ou dificuldades econômicas apenas deixam de adimplir em tempo o valor do tributo devido e (iii) movidos pelo autointeresse, maximização de benefícios próprios, utilizam-se de expedientes fraudulentos para suprimir ou reduzir os tributos devidos, as consequências passam a ser basicamente as mesmas: uma redução patrimonial, seja pelo pagamento do tributo devido em tempo, seja pelo pagamento do tributo devido e penalidades pecuniárias a destempo.

Aos poucos, as normas sociais são substituídas por normas de mercado, pois se os indivíduos podem pagar para afastar a punição, interpretam essa situação segundo as normas mercadológicas, decidindo “quanto”, “quando” e “como”<sup>554</sup>. Os problemas decorrentes de uma aproximação e colisão entre as normas sociais e as normas de mercado são apontados por ARIELY como de difícil superação, pois quando aquelas são substituídas por estas, raramente são recuperadas<sup>555</sup>.

---

<sup>552</sup> PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017, p. 360.

<sup>553</sup> Ibid.

<sup>554</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 55 e ss.

<sup>555</sup> Ibid., p. 63.

SANDEL, compartilhando das mesmas preocupações, destaca que o “pensamento mercadológico [...] priva a vida pública de fundo moral”, já que “não discrimina preferências louváveis ou condenáveis”<sup>556</sup>. Neste sentido, segundo o autor, “quando a lógica do mercado vai além do terreno dos bens materiais, terá de ‘lidar com a moralidade’, a menos que pretenda maximizar cegamente a utilidade social, sem qualquer consideração do valor moral das preferências que atende”<sup>557</sup>.

Uma maximização da utilidade social momentânea que se valha de institutos político-criminais pode, dada a complexidade do comportamento humano associado ao problema do inadimplemento fiscal de forma fraudulenta ou não, contrariar diametralmente as supostas razões de economia administrativa – que normalmente instrumentalizam o Direito Penal, dado o “baixo” custo em comparação com as demais esferas do direito – ou de baixo impacto no desenvolvimento econômico.

### 5.5.5 Políticas de governo que descaracterizam as políticas de Estado

SAYEG destaca que “o entrelaçamento entre sonegação e legislação sempre irá existir. É simplesmente impossível se pensar uma completa racionalização do real a ponto de romper com o elo entre legislação (ordem) e sonegação (desordem)”<sup>558</sup>. Contudo, “os legisladores devem estar conscientes do círculo vicioso que ‘ajudam’ a estabelecer”<sup>559</sup>. No que diz respeito à política criminal, a opção pela criminalização contrariada pelas constantes previsões de extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário, desamparadas de critérios jurídico-penais, acaba produzindo incentivos para o desvio à norma e oportunidades para a sonegação.

Adotados sem uma necessária contextualização legal, política, econômica e institucional, os programas que se utilizam da concessão de benefícios jurídico-penais para incentivar determinadas condutas – como declaração e/ou pagamento dos tributos e multa devidos –, acabam frustrando os fins perseguidos pela integralidade do sistema jurídico, porquanto criam desincentivos para os comportamentos conformes ao mesmo tempo em que incentivam comportamentos desconformes ao Direito.

---

<sup>556</sup> SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. trad. Clóvis Marques. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 19.

<sup>557</sup> Ibid., p. 89.

<sup>558</sup> SAYEG, Roberto N. Sonegação tributária e complexidade. **RAE electron.**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun., 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/EbMtKX>>. Acesso em: 11 fev. 2017, p. 10.

<sup>559</sup> Ibid., p. 11.

Influenciados por uma lógica imediatista que visa aliviar os estoques de dívida ativa – não por outro motivo, são vistos como neutros sob o aspecto orçamentário, já que tendem a impactar momentaneamente de forma positiva as finanças estatais – os mencionados programas olvidam das possíveis influências sobre os comportamentos dos cidadãos, bem como consequências arrecadatórias de médio e longo prazo<sup>560</sup>.

Em termos práticos, o desenvolvimento socioeconômico se vê prejudicado pelas distorções de um sistema que opera em um círculo vicioso: de um lado a evasão fiscal e a inadimplência são utilizadas como pretextos para a manutenção ou até mesmo o aumento da carga tributária, a fim de fazer frente aos investimentos e desafios sociais; de outro, a carga tributária demasiadamente elevada aliada à ausência de normas sociais, sentimento de injustiça, sinais de má administração e de mau uso do dinheiro público por parte do governo, estimula ações de elisão, evasão, bem como a inadimplência por parte dos setores mais onerados; por fim, programas de regularização fiscal lançados com o intuito de aumentar a arrecadação imediata acabam frustrando a prevenção e repressão de comportamentos danosos ao erário, criando brechas para comportamentos oportunistas e uma verdadeira “cultura de sonegação” que, em longo prazo, diminui consideravelmente a arrecadação.

Contrariam-se não apenas os fins político-criminais, mas a formulação de uma política fiscal voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ao fomento do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, e à promoção do bem-estar de todos, objetivos fundamentais do Estado brasileiro (artigo 3º, da Constituição).

A implementação de políticas públicas sociais desse jaez não pode estar condicionada à incrementos momentâneos de arrecadação, incutidos em políticas de governos que se valem de expedientes político-criminais sem quaisquer reflexões sobre as possíveis consequências. A higidez da ordem tributária, enquanto um dos aspectos da ordem econômica, requer medidas voltadas à cooperação de todos os cidadãos na contribuição para a manutenção dos gastos públicos e alteração de incentivos para que a melhor opção para os indivíduos não esteja relacionada à elisão fiscal ou a evasão fiscal, mas sim à busca de uma tributação “ótima”, “entendida como aquela que combina eficiência com justiça, e assim não impede o

---

<sup>560</sup> Conforma destaca PAES, “de forma recorrente, logo após a criação do parcelamento, a adesão dos contribuintes é muito grande, o que permite um relativo aumento da arrecadação. Entretanto, tal aumento não se sustenta, e de maneira geral, após pouco tempo o número de inscritos e a arrecadação cai”. Cf. PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017, p. 347.

desenvolvimento econômico”<sup>561</sup>. Isso depende, dentre outras variáveis, de uma persecução e repressão adequada das fraudes fiscais<sup>562</sup>.

## 5.6 A (IN)EFICÁCIA E (IN)EFICIÊNCIA DA TUTELA PENAL DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA

O Direito Penal tem por finalidade proteger subsidiariamente bens jurídicos, garantir a convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens<sup>563</sup>, prevenir delitos e reações informais da sociedade (vingança privada), e reduzir a própria violência estatal<sup>564</sup>. Neste sentido, a eficiência da *política criminal* é instrumental, uma vez que está relacionada à consecução de valores e objetivos que têm a dignidade da pessoa humana como horizonte<sup>565</sup>. Não por outro motivo SILVA SÁNCHEZ destaca que se trata de um esforço de aproximar, na maior medida possível, todos os fins do Direito Penal, maximizando a prevenção, a utilidade social e as garantias individuais<sup>566</sup>.

À vista disso, tem-se uma *política criminal eficaz e eficiente* voltada à tutela penal da *arrecadação tributária* – bem jurídico merecedor de tutela penal porque indispensável para a implementação das metas socioeconômicas estabelecidas na Constituição, reconduzíveis indiretamente à pessoa humana<sup>567</sup> – quando se mostra capaz de *dissuadir e prevenir* as condutas a ela lesivas aos menores danos possíveis às garantias individuais e à sociedade.

Esta tarefa, entretanto, tem sido consideravelmente dificultada pelo impasse de dois interesses: o *político-criminal*, relacionado à tutela da *arrecadação tributária* mediante a

---

<sup>561</sup> CARVALHO, Cristiano. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e da economia. Prefácio. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Fiscosoft, 2014, p. 63.

<sup>562</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 125.

<sup>563</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32-36.

<sup>564</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 57.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>566</sup> Desta ainda o autor: “*Ello permite, según entiendo, salvar sin problemas la objeción axiológica más frecuentemente dirigida contra las teorías de la prevención general, que sería su carácter utilitarista y, en consecuencia, sus posibilidades instrumentalizadoras. Pues, además de que el cumplimiento del propio fin de utilidad social puede introducir restricciones importantes en la lógica de la prevención, el cumplimiento de los fines garantísticos del Derecho penal impide que el complejo resultante pueda ser acusado de carácter instrumental alguno*”. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 216.

<sup>567</sup> ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

tipificação de condutas e imposição de pena; e o interesse *político-fiscal* (extrapenal), relacionado à reparação do dano que, em outros termos, opera-se mediante o *pagamento do crédito tributário* pelo indivíduo.

A irracionalidade da configuração político-criminal, que busca fins contraditórios (prevenção/arrecadação) por meios ineficientes (ameaça/prêmio) decorre, em grande parte, da ausência de um tratamento científico *penal* da causa de extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário. De um lado, o legislador sobrepõe os interesses *político-fiscais* aos interesses *político-criminais* e, com “idas e vindas”<sup>568</sup>, procura incentivar e facilitar o pagamento ou parcelamento do débito fiscal, alterando os critérios (especialmente o temporal) para a aplicação do instituto de acordo com conjunturas políticas e necessidades imediatistas. De outro, a jurisprudência, valendo-se do princípio constitucional da isonomia, amplia sua aplicação e provoca uma alteração do sistema de incentivos estabelecido ao compreender situações não previstas pelo legislador<sup>569</sup>.

Dessa forma, descuida-se, conforme destaca FERREIRA<sup>570</sup>, do ponto nodal entre *política-fiscal* e *política-criminal*, no qual se entrelaçam a fim de justificar o afastamento das consequências penais para o contribuinte defraudador que, com sua conduta ulterior de adimplemento tardio da dívida tributária, retorna à legalidade e satisfaz simultaneamente aos fundamentos de ambas.

Isso porque, de uma perspectiva dos fins da pena a reparação do dano<sup>571</sup> (leia-se: o pagamento do crédito tributário) desprovida de quaisquer outros critérios hábeis a demonstrar

---

<sup>568</sup> ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/03. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 130, p. 2-3, set. 2003, p. 2.

<sup>569</sup> MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro (1990-2006). Artigos Direito FGV (Working Papers). Jul, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/R115c1>>. Acesso em 19 fev. 2017, p. 95. Citação autorizada pelas autoras, p. 95.

<sup>570</sup> FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017, p. 221.

<sup>571</sup> A reparação do dano deixou de ser uma questão adstrita apenas ao Direito Civil e tem sido cada vez mais utilizada como meio para realizar os fins preventivos da pena, como uma espécie de “terceira via”. Sobre o assunto vide: ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de Sanciones. In: **Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal de Alemania”**, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; ROXIN, Claus. El Desarrollo del Derecho Penal en el Siguinte Siglo Reciente. In: **Dogmatica Penal y Política Criminal**. Lima: Idemsa, 1998, p. 459; ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 34-35. Nos delitos patrimoniais vide: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; TREGLIA, Carlos Eduardo. A reparação do dano e seus efeitos no sistema jurídico penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais. In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey. (Org.). **Sistema Penal em debate** - Estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer. 1 ed. Curitiba: iEA Editora, 2015, v., p. 81-105.

a voluntariedade do comportamento e o retorno à legalidade, instrumentaliza o Direito Penal convertendo-o em mecanismo puramente simbólico<sup>572</sup>, voltado ao atendimento de interesses arrecadatários.

Para que a conduta pós-delitiva possa ser interpretada como um *actus contrarius* ao delito, exige-se que esteja voltada a uma reparação do dano provocado e a uma contribuição própria de reforço à vigência da norma<sup>573</sup>, tornando prescindível a aplicação da pena. A mencionada exigência decorre do fato de que a prática de condutas fraudulentas, que reduzem ou suprimem a quantia devida a título de tributo, não provoca apenas um dano à arrecadação tributária, mas expressa uma atuação contrária à norma. Dessa forma, assim como a sanção – custo decorrente da prática delitiva – informa ao autor e aos demais cidadãos que condutas como a apenada, em princípio, *merecem* e *necessitam* da pena; a causa de extinção da punibilidade, de igual forma, expressa que a aplicação da pena se torna *desnecessária* diante das condições que justificaram sua aplicação. Por este motivo, o comportamento positivo posterior deve ser hábil a afastar a reprovação da conduta (corrigindo a violação da norma e reafirmando perante a coletividade a vigência da mesma) e do resultado (reparação do dano)<sup>574</sup>.

O afastamento das consequências jurídico-penais se legitima, portanto, quando a regularização pós-delitiva se reveste de tamanha importância que torna *desnecessária* a sanção. Desta perspectiva, a Política Criminal atende aos postulados da eficiência, pois mediante a extinção da punibilidade, o dano pode ser cessado e evitado sem se olvidar das finalidades preventivas – geral e especial – a um menor custo individual e social<sup>575</sup>.

Por outro lado, quando a regularização pós-delitiva, sem qualquer demonstração de voluntariedade – não por outro motivo o limite temporal consiste em um critério indispensável<sup>576</sup> –, acarreta a extinção da punibilidade pelo mero pagamento do crédito

---

<sup>572</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In: **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

<sup>573</sup> KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 222.

<sup>574</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 156; EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 49 e ss. Trata-se, por exemplo, da situação em que o indivíduo antes do início de procedimentos investigatórios, reconhece a vigência da norma e pratica um ato que demonstra seu retorno à legalidade (retifica as declarações e apresenta à autoridade tributária as fontes tributáveis por ela até então desconhecidas e promove o pagamento do crédito tributário).

<sup>575</sup> BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Nova Cultural, 1989. (Os pensadores), p. 59.

<sup>576</sup> SÁNCHEZ RIOS, op. cit., 52.

tributário, tem-se a instrumentalização do sistema penal<sup>577</sup>, seu uso de forma meramente simbólica e um “distanciamento cada vez maior entre o abstratamente punível e o efetivamente apenado”<sup>578</sup>.

À vista disso, o Direito Penal promove tão somente a internalização dos custos, deixando os agentes livres para pagarem o preço por suas ações a agirem como bem entendem<sup>579</sup>. A “*lógica preventiva, propia del sistema penal, desaparece ante la lógica recaudatoria, servil para con el delincente que, finalmente, termina tributando*”<sup>580</sup>, projetando, tal como destaca TERRADILLOS BASOCO<sup>581</sup>:

la imagen de que, en el ámbito tributario, todo vale, hasta el punto de que o delito fiscal puede quedar degradado a mera irregularidad, que además es premiada economicamente; se le há quitado legitimidade al sistema penal; se há minimizado el estigma social que en una sociedad sana debe acompañar al delincente; se há enviado a los ciudadanos el mensaje de que el Estado es incapaz de controlar el fraude fiscal; y, finalmente, se há desincentivado a los funcionarios encargados de luchar contra el fraude, a los que se les há confiado la espuria tarea de regularizar lo que, en principio, tenían la obligación de perseguir.

A hipótese levantada é corroborada pelos programas de parcelamento extraordinário e regularização tributária que subvertem a lógica da ciência penal, ampliando demasiadamente os benefícios econômicos e o período para a adesão, o que torna a prática delitiva financeiramente mais vantajosa aos olhos do infrator quando comparada ao atuar dentro dos limites da licitude.

Incutida por razões utilitárias e pragmáticas da *política-fiscal*, a *política criminal* torna-se ineficaz e ineficiente na tutela da *arrecadação tributária*, frustrando os objetivos socialmente desejados (prevenção) e utilitariamente esperados (arrecadação). Primeiro, porque provoca um esvaziamento da ideia de prevenção penal, assim compreendida como aquela que, mediante a cominação de uma espécie qualificada de sanção jurídica negativa – a pena – procura dissuadir

<sup>577</sup> SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 56; EISELE, Andreas. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 65 e ss

<sup>578</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, nº 7, p. 23-62, maio/ago. 2011, p. 26.

<sup>579</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 474. Conforme destaca KUHLEN, “se para renunciar à sanção em um delito penal não fosse necessário mais que a compensação do dano material, então isso equivaleria à valoração de que esse ilícito é um injuto meramente civil e por isso já, em princípio, não mereceria, nem requereria pena”. Cf. KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 222. Tradução nossa.

<sup>580</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Cuatro décadas de política criminal en matéria socioeconómica. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 63.

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 62-63

os indivíduos da prática delitiva. Segundo, porque desestrutura os mecanismos informais indispensáveis para a criação de uma cultura de cumprimento voluntário das obrigações, de cooperação para a manutenção dos gastos públicos, e, finalmente, para a criação de uma sociedade solidária.

A *arrecadação tributária* não pode ser efetivada por qualquer meio e a qualquer custo, mas deve estar associada à confecção de sistemas eficazes e legítimos, com capacidade de fazer cumprir as imposições tributárias de forma voluntária e, na impossibilidade desta, mediante coerção, de modo a permitir a adequada formação de fundos públicos indispensáveis para as políticas de desenvolvimento. Por esta razão, não pode estar voltada ao atendimento de interesses imediatistas, mas sim para o alcance dos objetivos do Estado brasileiro que se consubstanciam em políticas socioeconômicas de longo prazo, destinadas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como à promoção do bem-estar de todos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Análise Econômica do Direito, quando aplicada ao estudo do Direito Penal e da Política Criminal, coloca em evidência problemas relativos à eficiência deste ramo do Direito na consecução de certos valores e objetivos. Tornam-se claros os custos do sistema penal na perseguição de seus fins, bem como as consequências econômicas da intervenção jurídico-penal e também os efeitos de políticas alternativas sobre a criminalidade. Sua desejável aplicação decorre do fato de que fundamentos consequencialistas sempre ocuparam um lugar substancial no desenvolvimento da política criminal. Neste sentido, merecem destaque as contribuições de BECCARIA e BENTHAM, que se preocuparam com aspectos como: a finalidade, proporcionalidade e adequação das penas; a utilidade, eficácia e eficiência das mesmas; e com a necessidade de prevenção dos delitos por outros meios. As propostas de BENTHAM, – de que o Direito Penal teria por missão evitar a prática criminosa, desestimular a prática de atos mais graves, punir de forma minimamente necessária e cumulativamente menos dispendiosa – foram aperfeiçoadas por BECKER, que edificou as bases para a construção da teoria da escolha racional no campo penal (AED positiva) e apontou políticas ideais para a prevenção e repressão do crime mediante uma alocação eficiente dos recursos e realização ótima do sistema penal (AED normativa).

A AED positiva, por meio da teoria da escolha racional, auxilia no estudo do comportamento delinquente explicando-o e elaborando uma prognose; esta é proveniente de uma tendência que os indivíduos têm de praticarem condutas delituosas quando a utilidade decorrente da conduta delitiva excede a utilidade que poderia ser obtida com a alocação do tempo e dos recursos em outras atividades legais ou ilegais. A teoria se mostra tanto mais profícua quando são agregados elementos da Economia Comportamental e da corrente *Law and Social Norms* que, no âmbito penal, integram circunstâncias relacionadas à transmissão de conhecimento e valores concernentes à declaração da importância do bem jurídico e da gravidade dos fatos a ele lesivos, bem como custos morais e reputacionais decorrentes da prática delitiva, atrelados ao controle informal.

Embora expressiva parcela dos potenciais criminosos não responda de forma racional aos incentivos positivos e negativos impostos pelas instituições jurídico-penais, no âmbito da criminalidade econômica e organizada existe uma tendência à avaliação das consequências. A decisão de delinquir nesses âmbitos apresenta elevada dimensão de racionalidade, justamente por se tratarem de crimes orientados à obtenção e maximização de vantagens econômicas.

Inobstante, mesmo na criminalidade econômica os indivíduos não agem pautados exclusivamente por cálculos de custo-benefício, sendo influenciados por valores internos (aspectos morais) e sanções sociais informais (controle social). Daí a importância da complementação da análise econômica com estudos acerca destes últimos aspectos.

A AED normativa, por sua vez, tomando por parâmetro a eficiência instrumental, aponta que a política penal deverá projetar um sistema de consequências jurídicas e selecionar probabilidades de detecção e de condenação que não apenas introduzam custos adicionais à prática delitiva (para que, em última instância, o delito não compense) mas também minimizem os custos sociais decorrentes dos delitos e os associados à prevenção e repressão dos mesmos. Além disso, a política criminal deverá operar com variáveis distintas da pena, como a atribuição de custos adicionais à prática delitiva, a redução dos benefícios a ela associados e a atribuição de vantagens adicionais à realização opcional de atividades lícitas, de modo a compreender, por conseguinte, uma ampla gama de expedientes públicos e privados, normativos ou não, que têm por objetivo a atenuação da quantidade e intensidade da criminalidade.

A violação do dever fundamental de pagar tributos consiste em um dos principais obstáculos à arrecadação de recursos financeiros indispensáveis para a implementação dos direitos sociais e, conseqüentemente, para o desenvolvimento socioeconômico. Em que pese a existência de medidas tendentes a evitar e reprimir o descumprimento das obrigações tributárias em outros ramos do Direito, o Estado optou por também se valer do Direito Penal, tipificando a supressão e a redução da quantia exigida a título de tributo mediante as condutas fraudulentas elencadas em lei, e impondo-lhes uma espécie qualificada de sanção jurídica, a pena. A política criminal, por outro lado, é marcada pelo estímulo ao adimplemento do débito tributário como um meio para afastar a incidência da norma penal, valendo-se para tanto do instituto da extinção da punibilidade.

Quando fundamentada em razões político-criminais, a extinção da punibilidade pode ser condizente com um direito penal eficaz e eficiente, pois afasta a aplicação da pena desnecessária no caso concreto, sem implicar na frustração dos fins preventivos – especial e geral – maximizando as garantias individuais e a utilidade social. Por outro lado, quando permeada por razões político-fiscais, instrumentaliza o direito penal, convertendo-o em mecanismo puramente simbólico, voltado ao atendimento de interesses arrecadatórios.

Com custos tão somente aparentemente menores, a utilização da extinção da punibilidade pautada em interesses político-fiscais, desprovida de qualquer rigor metodológico, conduz justamente para fins opostos aos utilitariamente esperados, porquanto: (i) torna a lesão ao bem jurídico suportável em prol de interesses arrecadatórios momentâneos, (ii) incentiva a

prática delitiva, (iii) desestimula o adimplemento voluntário das obrigações tributárias e (iv) debilita a moral tributária e o controle social.

O tratamento conferido ao instituto da extinção da punibilidade por programas de parcelamento extraordinário e regularização tributária que fogem da normalidade institucional – pois respaldados por uma motivação econômica momentânea – e carecem de qualquer fundamentação jurídica amparada na teoria da desistência voluntária e na reparação do dano, sobrepuja os fins político-criminais, na medida em que mencionados programas: (i) ampliam demasiadamente o limite temporal para a reparação do dano; (ii) admitem que a reparação seja implementada mediante parcelamento; (iii) estabelecem estímulos econômicos adicionais; e (iv) afastam o custo esperado da prática delitiva, qual seja, a imposição da sanção penal.

No ambiente de incerteza criado pela oscilação do tratamento da matéria – tanto pelo legislador quanto pelo judiciário – os indivíduos não se orientam pelo direito posto, mas pela expectativa com relação às normas. A sinalização equivocada do Estado com relação à voluntariedade da conduta – expressada mediante a constante alteração do limite temporal para a promoção das condutas de declaração, regularização e pagamento –, influencia a decisão dos potenciais delinquentes porque mercantiliza o controle exercido pelo Direito Penal, colocando em dúvida a própria dignidade penal das incriminações tributárias. Os indivíduos adotam uma postura estratégica, avaliando a situação segundo as normas mercadológicas. Dessa forma, buscam afastar a punibilidade aos menores custos possíveis, avaliando o momento, os benefícios oferecidos pelos programas, a viabilidade de parcelamento ou pagamento parcial, a possibilidade de lançamento de programas com condições mais benéficas, dentre outras estratégias voltadas à maximização dos benefícios auferidos com a prática delitiva e supressão e redução das consequências administrativas e penais dela decorrentes. Os mencionados programas não apenas desestimulam a reparação do dano pelo delincente (o qual somente promoverá o pagamento na hipótese de se sentir dissuadido por uma eventual imposição de consequências penais negativas), como incentivam a prática de condutas criminosas: com a evasão fraudulenta sempre se poderá ganhar, porém, dificilmente se poderá perder.

Respaldados por uma motivação exclusivamente econômica, tais programas deixam de avaliar as consequências das escolhas político-normativas, que se valem da concessão de benefícios jurídico-penais, para incentivar determinadas condutas (declaração, regularização, pagamento) no contexto legal, político, econômico e institucional no qual são tomadas. Por esse motivo, não raras vezes os meios jurídicos adotados se mostram inoportunos e ineficientes na perseguição dos fins pretendidos, criando desincentivos para os comportamentos conformes ou

incentivos para comportamentos desconformes ao Direito, gerando assim implicações relacionadas à sua própria legitimidade.

A Política Criminal voltada à criminalidade tributária tem se utilizado de tais subterfúgios – aí incluídas as disposições legais que premiam a reparação do dano ou, de tempos em tempos, a regularização mediante pagamento de multa, com a extinção da punibilidade – para pretensamente diminuir os danos sociais causados pelo delito, restaurando a arrecadação fiscal. Inobstante, construída de modo a atacar o problema final (arrecadação), deixa intocado seu cerne (prevenção), perpetuando um sistema fadado a não funcionar, neutralizado sob quaisquer perspectivas de prevenção geral e especial, que impõe custos passíveis de contabilização pelo potencial infrator e suportáveis em prol do benefício econômico resultante da opção pela infração.

## REFERÊNCIAS

- “Gary Stanley Becker”. **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em: <<https://goo.gl/dIFr4>>. Acesso em: 24 fev. 2017.
- “Herbert Alexander Simon.” **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em:<<https://goo.gl/zpGGwS>>. Acesso em: 24 fev. 2017.
- AKERS, Ronald L. Rational choice, deterrence, and social learning theory in criminology: The path not taken. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 81, n. 3, p. 653-676, 1990.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALLINGHAM, Michael. G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972.
- ALM, James; MCCLELLAND, Gary. H.; SCHULZE, William. D. Why do people pay taxes? **Journal of Public Economics**, v. 48, n. 1, p. 21-38, jun. 1992.
- ALVAREZ, Alejandro. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul/dez. 2006.
- AMARAL, Gilberto Luiz do et al. **Estudo sobre sonegação fiscal das empresas brasileiras**. Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/0DiFjD>>. Acesso em: 05 fev. 2017.
- AMBOS, Kai. Del tormento. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 155-168.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal: dez anos depois ainda um “crime de resultado cortado”? In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. v. 3. Coimbra: Coimbra, 2009.
- ARAUJO, Juliana Furtado Costa. A modernização da administração tributária: iniciativas da Fazenda Pública visando o incremento de sua atuação. In: BARRETO, Aires, F. *et al.* In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 5., 2008, São Paulo, SP. **Direito Tributário, Linguagem e Método: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual**. São Paulo: Noeses, 2008.
- ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 11-22, 2005.
- ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. trad. Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Positivamente irracional**. trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. **Previsivelmente irracional**. trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ATALIBA, Geraldo. Denúncia espontânea e exclusão da responsabilidade penal. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 125, p. 241-251, jan./mar. 1995.

\_\_\_\_\_. Mesa de Debates: Direito Penal Tributário. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: RT, nº 64, p. 28-31, [1995?].

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. trad. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BABINI, Maurizio. Traduttori traditori: a tradução em francês de Dos delitos e das penas de Cesare Beccaria. **Cadernos de Tradução**, Florianópolis, v. 2, n. 20, p. 125-139, abr. 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/EaGljQ>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BADARÓ, Gustavo. Do chamado “Lançamento definitivo do crédito tributário” e seus reflexos no Processo Penal por crime de sonegação fiscal. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 263-291, jan./mar., 2016.

BARATTA, Alessandro. La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modo integrado de las Ciencias Penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 29, p. 27-52, Jan./Mar., 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./maio, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1988.

\_\_\_\_\_. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Paul J.; DAVIS, Jon S.; JUNG, Woon-Oh. Experimental evidence on taxpayer reporting under uncertainty. **The Accounting Review**, v. 66, n. 3, p. 535-558, july. 1991.

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. trad. Estevão Bosco. **Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas – Unicamp**, v. 2, n. 1, p. 229-253, 2010.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary S. Nobel lecture: The economic way of looking at behavior. **Journal of political economy**, p. 385-409, 1993.

\_\_\_\_\_. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968.

\_\_\_\_\_. **Teoría económica**. trad. Ana Catalina Mayoral. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

BENTHAM Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesi Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. De los juramentos. Interrogaciones sugestivas y deposiciones. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 173-194.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manoele, 2007.

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 (continua como Desafio Online)**, v. 10, n. 20, p. 97-113, 2009.

BRASIL. Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo. **Manual de Orientações Práticas Referentes à Lei nº 11.941/2009**, v. 1, 05 out. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/MZrNyZ>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Carga Tributária no Brasil: análise por tributos e bases de incidência**. Brasília, setembro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/13LCfF>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais**. Disponível em: <<https://goo.gl/mUhuqO>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Nota Executiva**, 2016. Disponível em: <[goo.gl/Cgh6hs](https://goo.gl/Cgh6hs)>. Acesso em: 07 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Receita analisa relatório do Banco Mundial e propõe melhorias**. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/swN1Hp>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. **Programa de Regularização de Ativos brasileiro atinge objetivos**. Notícias, 01 de novembro de 2016. Disponível em: <[goo.gl/AWMUQ6](https://goo.gl/AWMUQ6)>. Acesso em: 07 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 795.992/RS**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04.06.2008, DJe 23.06.2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 2.538/RS**. Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 27.04.1994, DJ 09.05.1994, p. 10883.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 21.888/SP**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.12.2002, DJ 10.03.2003, p. 260.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 21.888/SP**. Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.12.2002, DJ 10.03.2003, p. 260.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 232.376/SP**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 05.06.2012, DJe 15.06.2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 271.650/PE**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03.03.2016, DJe 09.03.2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 48.805/SP**. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 19.11.2007, p. 294.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 6.409/MA**, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 09.12.1997, DJ 09.11.1998, p. 171.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.149.022/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 24.6.2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1234696/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 03.02.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 11.598/SC**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 08.05.2002, DJ 02.09.2002, p. 145.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 43.558/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05.02.2015, DJe 13.02.2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 360**. Data de aprovação 27.8.2008, DJe 8.9.2008, ed. 210.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1571 MC/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.1997, DJ 25.09.1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2859/DF**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24.02.2016, publicado em 21.10.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5366/DF**. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.12.2015, publicado em 15.12.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 116828/SP**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 13.08.2013, DJe 17.10.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 76978/RS**. Rel. Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29.09.1998, DJ 19.02.1999, p. 27.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 77010/RS**. Rel. Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 24.11.1998, DJ 03.03.2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 81.929/RJ**. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 16.12.2003, DJ 27.02.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.452/SP**. Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 03.06.2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Inq 3102/MG**. Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25.4.2013, DJe 19.9.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 462790 AgR**. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18.12.2013, DJ 14.02.2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 736090/RG**. Rel. Ministro Luiz Fux.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RHC 128245/SP**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23.08.2016, DJ 21.10.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 24**. Data de aprovação 02.12.2009, Diário Oficial da União 11.12.2009, p. 1.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **HC 0002533-75.2016.4.02.0000**. Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJe 5.5.2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 100, p. 453-501, jan./fev. 2013.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa: Cuadernos de filosofia del derecho**, n. 4, p. 267-288, 1987.

CARDOSO, Alessanda. **Amazônia**: paraíso extrativista e tributário das transnacionais da mineração. INESC: Nota Técnica, nº 185, de novembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/mcF5xf>>. Acesso em 07 fev. 2017.

CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. **Ius et Praxis**, Talca, v. 14, n. 1, p. 13-48, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/mBVYx>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

CARVALHO, Cristiano. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e da economia. Prefácio. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade**: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Fiscosoft, 2014.

CEPAL. **Estudio Económico de América Latina y el Caribe**. Santiago, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/s6pFKf>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

CLARKE, Ronald V. Situational crime prevention. **Crime and justice**, v. 19, p. 91-150, 1995.

\_\_\_\_\_. Introduction. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Situational crime prevention**. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1997.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, **Journal of Law and Economics**, III, p. 1-44, Oct.1960.

COOTER, Robert D. Expressive law and economics. **University of Munich**, Center for Economic Studies, Working Paper, n. 161, 1998.

\_\_\_\_\_. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. In: **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Alguns aspectos ainda controvertidos relativos aos delitos contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Doutrinas essenciais: direito penal**. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de estado social e democrático de direito. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DOING BUSINESS. **Brasil**: pagamento de impostos. Disponível em: <<https://goo.gl/5Ef04Z>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

DONIN JÚNIOR, Hélio. Informatização reduz tempo gasto para calcular impostos. [19 de outubro, 2016]. Rio Grande do Sul: **Jornal do Comércio**. Entrevista concedida a Roberta Mello. Disponível em: <<https://goo.gl/d8zVWt>>. Acesso em 07 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. trad. Luí Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EIDE, Erling. Economics of criminal behavior. **Encyclopedia of law and economics**, v. 5, p. 345-389, 2000. Disponível em: <<https://goo.gl/AVx63r>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Crítica ao direito penal tributário brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007.

ELALI, André; SANT'ANNA, Carlos Soares (Org.). **Direito Penal Tributário**. 1. ed. São Paulo: MP Editora, 2005.

ERICKSON, Maynard L.; GIBBS, Jack P.; JENSEN, Gary F. The deterrence doctrine and the perceived certainty of legal punishments. **American Sociological Review**, p. 305-317, 1977.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. O parcelamento previsto na MP 303/06 e a punibilidade nos crimes tributários. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 165, p. 14-14, ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei nº 10.684/03. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 130, p. 2-3, set. 2003.

ETCHEBERRY O, Alfredo. Introducción. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 1-12.

ETCO. **Índice da Economia Subterrânea**. Disponível em: <<https://goo.gl/DU9NIr>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, nº 7, p. 23-62, maio/ago. 2011.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **The Monist**, vol. 49, n. 3, p. 397-423, jul. 1965.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. 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.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o Direito Tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Direito Tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **O dever fundamental de pagar tributos e suas possíveis consequências práticas**. 2011. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010.

GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; TASSE, Adel El. Os crimes tributários e a extinção da punibilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de março de 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/XOUbjc>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982, disponível em: <<https://goo.gl/mMXMbc>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: \_\_\_\_\_; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Pensando o Direito Penal Tributário brasileiro à luz dos acórdãos do Ministro Felix Fischer: necessidade de urgente revisitação e revisão legislativa e jurisprudencial. In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey. (Org.). **Sistema Penal em debate** - Estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer. 1 ed. Curitiba: IEA Editora, 2015, p. 13-38.

GUIMARÃES, Torrieri. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Verdades e Justificações: ensaios filosóficos**. trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HART, Herbert L. A. Bentham and Beccaria. In: \_\_\_\_\_. **Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy**. OUP Oxford, 1982, p. 40-52.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista síntese de direito penal e processual penal**, n. 18, p. 144-157, 2003.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In: **Pena y Estado**. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

HENRY, James S. **Tax Justice Network**, July 2012. Disponível em: <goo.gl/viuvi>. Acesso em: 09 jan. 2017.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. trad. Lauro Frederico Silveira. **Revista Discurso Jurídico**. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan/jul. 2008.

HORVITZ L, Maria Ines. *Dulzura de las Penas*. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 311-324.

IBPT. **Dívida dos contribuintes ultrapassa a arrecadação nacional**. Disponível em: <https://goo.gl/gSlO54>. Acesso em: 05 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 27 anos da Constituição Federal de 1988**. Outubro, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/ZhZrXC>. Acesso em 07 fev. 2017.

IGNACIO PIÑA R, Juan. *Violencias*. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 209-222.

JEMOLO, Arturo Carlo. *Introduzione*. In: BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1988.

JENNINGS, William P. *A note on the economics of organized crime*. **Eastern Economic Journal**, v. 10, n. 3, p. 315-321, 1984.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

\_\_\_\_\_; TVERSKY, Amos. *Prospect theory: an analysis of decision under risk*. **Journal of the Econometric Society**, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar. 1979.

KASTLUNGER, Barbara; KIRCHLER, Erich; MITTONE, Luigi; PITTERS, Julia. *Sequences of audits, tax compliance, and taxpaying strategies*. **Journal of Economic Psychology**, v. 30, n. 3, p. 405-418, jun. 2009.

KENNEDY, David M. **Disuasión y prevención del delito: reconsiderando la expectativa de pena**. trad. Luciana Morón. Madrid: Marcial Pons, 2016.

KLEPPER, Steven; NAGIN, Daniel. *The anatomy of tax evasion*. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 5, n. 1, p. 1-24, Spring 1989.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013.

KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEITE, Alaor. Abolição da chamada autodenúncia liberadora de pena no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 90, p. 111-135, maio/jun. 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários e a Lei 12.382/2011**. Disponível em: <<https://goo.gl/ftTxvW>>. Acesso em 05 fev. 2017.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). Política fiscal e política criminal: o direito penal nas estratégias arrecadatórias do estado brasileiro (1990-2006). **Artigos Direito FGV (Working Papers)**. Jul, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/R115c1>>. Acesso em 19 fev. 2017, p. 95. Citação autorizada pelas autoras.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. **Encyclopedia of law and economics**, v. 1, p. 65-117, 2000.

\_\_\_\_\_; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. trad. Rachel Sztajn. 2. ed. Atlas, 2015.

MAINENTI, Mariana. Brasil tem R\$ 1 trilhão em paraísos fiscais. **Estado de Minas**, 23, julho de 2012. Disponível em: <[goo.gl/LUurm9](http://goo.gl/LUurm9)>. Acesso em 09 jan. 2017.

MAÑALICH R, Juan Pablo. De la pena de muerte. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 325-344.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. De las ciencias. Magistrados. Recompensas. Educación. Beccaria: la invención de la política criminal y de la utopía penal. In: \_\_\_\_\_ (Dir.). **Beccaria 250 años después: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 479-494.

MONTE, Mário Ferreira. **Da legitimação do direito penal tributário: em particular, os paradigmáticos casos de facturas falsas**. Coimbra: Coimbra, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

NETO, João Sorima; ALENCASTRO, Catarina; JUNGBLUT, Cristiane. Grandes Bancos já não aceitam processos de repatriação. **O Globo**, 21 de outubro de 2016. Disponível em: <[goo.gl/JzsYyc](http://goo.gl/JzsYyc)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

NETWORK, Tax Justice. **The cost of tax abuse**: A briefing paper on the cost of tax evasion worldwide. The Tax Justice Network, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/CqpMO>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

OCDE. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/EpiI5P>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters**, 2012. Disponível em: <[goo.gl/lyozGx](https://goo.gl/lyozGx)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Jurisdictions participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters** – Status 3, January 2017. Disponível em: <[goo.gl/QmyaVy](https://goo.gl/QmyaVy)>. Acesso em: 09 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Mandatory Disclosure Rules, Action 12** - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/ojVy5y>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

OGUS, Anthony. What Legal Scholars can Learn from Law and Economics. **Chicago-Kent Law Review**, v. 79, n. 2, 2004.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014.

ONU. Brasil. **Combate à sonegação fiscal é essencial para financiar metas da ONU, diz CEPAL**. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/CYrHGL>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004.

\_\_\_\_\_. El análisis económico del derecho: ¿ Método útil, o ideología nefasta? In: COURTIS, Christian. **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006, p. 321-348.

\_\_\_\_\_. El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal; es posible la disuasión? In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 113-146.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PAES, Nelson Leitão. O hiato tributário do imposto sobre produtos industrializados – evidências setoriais. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, v. 11, n. 2, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/R5mwFT>>. Acesso em: 05 fev. 2017;

\_\_\_\_\_. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, n. 2, p. 323-350, jun. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/i6SQ3r>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PARETO, Vilfredo. **The Concise Encyclopedia of Economics**. 2008. Library of Economics and Liberty. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Pareto.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PATERNOSTER, Raymond. The deterrent effect of the perceived certainty and severity of punishment: A review of the evidence and issues. **Justice Quarterly**, v. 4, n. 2, p. 173-217, 1987.

\_\_\_\_\_.; SIMPSON, Sally. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: CLARKE, Ronald Victor Gemuseus; FELSON, Marcus (Ed.). **Routine Activity and Rational Choice**. v. 5, New Brunswick: Transaction Publishers: 1993.

\_\_\_\_\_. Sanction threats and appeals to morality: Testing a rational choice model of corporate crime. **Law and Society Review**, p. 549-583, 1996.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição, Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7. ed. Livraria do Advogado: ESMAFE: Porto Alegre, 2005.

PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Judiciário e economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Cy, 1972.

\_\_\_\_\_. **El análisis económico del derecho**. trad. Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

\_\_\_\_\_. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002.

RAMÓN CAPELLA, Juan. **Os cidadãos servos**. trad. Lédio Rosa de Andrade, Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed., rev. e restr. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Marcelo Miranda; FREITAS, Cinthia O. de. A. Análise crítica do e-government como instrumento de eficiência da arrecadação tributária. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 9, n. 3, p.205-232, set./dez. 2012.

ROBBINS, Lionel. **The Concise Encyclopedia of Economics**. Library of Economics and Liberty. 2008. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Robbins.html>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROXIN, Claus. El Desarrollo del Derecho Penal en el Siguinte Siglo Reciente. In: **Dogmatica Penal y Politica Criminal**. Lima: Idemsa, 1998.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

\_\_\_\_\_. La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de Sanciones. In: **Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal de Alemanha”**, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 435, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **O crime fiscal**: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei nº 8.137/90) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: SAFE, 1998.

\_\_\_\_\_. Relevantes aspectos do tipo subjetivo no delito tributário. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André; SANT’ANNA, Carlos Soares (Org.). **Direito Penal Tributário**. 1ed. São Paulo: MP Editora, 2005, v. 1, p. 379-398.

\_\_\_\_\_; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, p. 50-70, 2016.

\_\_\_\_\_; TREGLIA, Carlos Eduardo. A reparação do dano e seus efeitos no sistema jurídico penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais. In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey. (Org.). **Sistema Penal em debate** - Estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer. 1 ed. Curitiba: iEA Editora, 2015.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. trad. Clóvis Marques. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

\_\_\_\_\_. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SAYEG, Roberto N. Sonegação tributária e complexidade. **RAE electron.**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan./jun., 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/EbMtKX>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **O crime tributário de descaminho**. Porto Alegre: Magister, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHOUERI, Eduardo L. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. trad. Laura Teixeira Motta. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHEFFRIN, Steven M., TRIEST, Robert. K. Can brute deterrence backfire? Perceptions and attitudes in taxpayer compliance. In: J. Slemrod. **Why People Pay Taxes: tax compliance and enforcement**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992, p. 193-218.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

\_\_\_\_\_. **Eficiência e Direito Penal**. trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004.

\_\_\_\_\_. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIMON, Herbert. **Administrative Behavior**. 2. ed. New York: Macmillan, 1961.

SINPROFAZ. **Sonegação no Brasil** – Uma estimativa do desvio da arrecadação do Exercício de 2015. Brasília/DF: junho de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Qs14s6>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri. **Um modelo econômico para análise da evasão fiscal do imposto sobre a renda no Brasil**. 2004. 125 f. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

\_\_\_\_\_; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, set./dez. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Evasão fiscal do imposto sobre a renda: uma análise do comportamento do contribuinte ante o sistema impositivo brasileiro. **Economia aplicada**, Ribeirão Preto, v. 10, n. 3, p. 399-424, set. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/XXYE6p>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. **Custo do cumprimento das obrigações tributárias acessórias no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

SOUSA, Susana Aires de. **Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SRINIVASAN, Thirukodikaval N. Tax evasion: A model. **Journal of public economics**, v. 2, n. 4, p. 339-346, 1973.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: SUSTEIN, Cass R. (Org.) **Behavioral Law and Economics**. New York: Cambridge University, 2008.

TALENTO, Aguirre. Repatriação bate recorde de US\$ 125 milhões em 2015 com Lava Jato. **Folha de São Paulo**, 24 abril de 2016. Disponível em: <goo.gl/dpDokc>. Acesso em: 09 jan. 2016.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Cuatro décadas de política criminal en matéria socioeconómica. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis Financiera y Derecho Penal Económico**. Madrid: Edisofer, 2014.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. Porto Alegre: IOB-homson, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. Brasil Inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do Fisco Global. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de julho de 2015. Acesso em: <<https://goo.gl/EUj77F>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania fiscal múltipla. In: REZENDE, Condorcet. Estudos Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 459-498.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

URS, Kindhäuser. Cómo se evitan los delitos: acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In: MATUS, Jean Pierre (Dir.). **Beccaria 250 años después**: dei delitti e delle pene: de la obra maestra a los becarios: vigencia de la obra De los delitos y de las penas. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 467-478.

WILSON, James Q.; ABRAHAMSE, Allan. Does crime pay? **Justice quarterly**, v. 9, n. 3, p. 359-377, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, p. 25-53, 2012.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.