

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-168-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinárias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo “A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro”, de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto “Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental”, a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto “O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer”, os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por “razões de Estado”, importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão lícitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

A EFETIVIDADE DA REPRESSÃO AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE EFFECTIVENESS OF THE REPRESSION AGAINST THE TAX CRIMES UNDER THE LAW AND ECONOMICS

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Resumo

O artigo reflete acerca da Análise Econômica do Direito – método de compreensão do Direito através das leis econômicas. A indagação fulcral concerne à aplicabilidade dos ensinamentos da AED ao Direito Penal. Na formulação de respostas à reflexão suscitada, recorre-se, sobretudo, aos ensinamentos de Gary Becker, precursor da Análise Econômica do Crime. Formula-se, então, o questionamento fulcral, concernente à aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca-se verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Direito penal, Repressão, Eficiência, Crimes tributários

Abstract/Resumen/Résumé

The article reflects on Law and Economics – method of understanding Law through the economic laws. The key question concerns the applicability of LaE's lessons to the Criminal Law. In formulating responses to the reflection, the article resorts especially to Gary Becker's lessons, the precursor of the Economic Analysis of Crime. The key question regards on the effectiveness of the repression against tax crimes in Brazil under the Law and Economics. At the end, the article verifies the hypothesis that the repression against tax crimes in Brazil is inefficient, primarily as a result of poor rigging of state repressive apparatus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and economics, Criminal law, Repression, Efficiency, Tax crimes

INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida neste artigo intenta verificar a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na avaliação da eficiência da repressão aos crimes contra a ordem tributária. A delimitação do tema à análise, à luz da *Law and Economics*, de tais delitos, justifica-se pelo fato de, em sua prática, ser aplicada uma racionalidade mais evidente¹, de sorte que os custos do crime para o delinquente e para o Estado são mais precisamente mensuráveis. Além de averiguar, com fulcro em dados estatísticos, a eficiência da atual repressão aos crimes tributários, pretende-se propor soluções ao incremento de tal efetividade, com base no cotejo entre o lucro auferido pelo criminoso, a probabilidade de sua captura pelos órgãos persecutórios estatais e a sanção que lhe há de ser imposta.

Assim, com o presente trabalho objetiva-se explicitar as bases teóricas que dão ensejo ao lançamento das bases da Análise Econômica do Direito e à sua consolidação como disciplina autônoma, verificar a aplicabilidade e utilidade da Análise Econômica do Direito ao Direito Penal, equacionando variáveis como a chance de captura do criminoso, seu lucro e a pena abstratamente cominada ao delito por si perpetrado e, concretamente, por fim, utilizar os preceitos da Análise Econômica do Direito na mensuração da efetividade da persecução aos crimes tributários e no provimento de soluções que aperfeiçoem tal atividade estatal.

A escolha do tema deve-se, inicialmente, ao volume de tributos sonegados no Brasil e às consequentes perdas financeiras que tal fenômeno acarreta. No mesmo sentido, também a pouca efetividade da repressão aos crimes tributários, facilmente aferível, desafia a proposição de novas soluções. Nesse contexto, o recurso às lições da Análise Econômica do Direito e a preceitos econômicos fornece um aporte teórico consideravelmente útil – dir-se-ia, mais, indispensável – ao estudo dos crimes tributários, uma vez que tais fatos sociais, muito além de circunscreverem-se à seara jurídica, provocam efeitos econômicos e custos sociais significativos. Além disso, é imprescindível à plena análise do fenômeno da sonegação tributária – e, especialmente, daquela perpetrada de forma criminosa – a utilização de conceitos econômicos, que permitem compreender, por exemplo, as motivações do criminoso, a aferição dos custos sociais advindos daqueles delitos, e a mensuração da sanção que deve

¹ Advirta-se, porém, desde já, que a Análise Econômica do Crime cunhada por Gary Becker – principal referencial teórico do presente escrito – seria, segundo o próprio autor defende, aplicável, indistintamente, apesar das diversas probabilidades de descoberta e condenação por uma prática ilícita e das diferentes formas e extensões de punição, a todos os tipos de crime (BECKER, Gary S.. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M.. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974. p. 1-2).

corresponder à prática delituosa.

Apresenta-se como justificativa à concepção do presente trabalho, ademais, a escassez bibliográfica acerca do tema (a compreensão dos crimes tributários a partir da Análise Econômica do Direito). Isto é, muito embora a *Law and Economics* tenha ganhado significativo espaço na Academia Brasileira, ainda não transpôs todas as barreiras que lhe são impostas, de sorte que a relação entre a Análise Econômica do Direito e certas disciplinas jurídicas, embora evidente, remanesce inexplorada. Nesse sentido, revela-se essencial o aporte teórico que a concepção econômica dos fenômenos jurídicos pode fornecer ao estudo dos crimes contra a ordem tributária.

Considerado o panorama atual de ineficiência da repressão estatal aos crimes tributários, indaga-se se é possível a utilização da Análise Econômica do Direito na compreensão de tal fenômeno – especialmente das motivações econômicas do criminoso –, bem como na formulação de propostas a serem adotadas.

Concebe-se, inicialmente, que a Análise Econômica do Direito é plenamente aplicável à compreensão dos crimes tributários e das consequências por si geradas, uma vez que tal fenômeno, embora seja de natureza eminentemente jurídica, produz significativas repercussões econômicas.

Assim, a compreensão econômica dos fenômenos jurídicos orienta toda a análise empreendida no presente trabalho, particularmente em relação ao Direito Penal Tributário.

Dessa forma, a partir de um cotejo entre a sanção penal a ser aplicada ao criminoso, a probabilidade de sua “captura” e os lucros por aquele aferidos, a Análise Econômica do Direito desvela a hipótese de que tal equação somente se configurará de modo que a sonegação fiscal tenha, para o criminoso, um custo superior a seus lucros, com a otimização da variável representada pela probabilidade de condenação do delinquente.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: NOVA COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO

Originalmente hermético e refratário a conhecimentos produzidos por outras ciências, em um isolacionismo científico que caracterizou a maior parte das primeiras investigações econômicas e que se acentuou durante a segunda metade do século XIX², o Direito viu-se, no início do século XX como nunca antes, invadido por demandas de conteúdo econômico, cuja plena compreensão não mais poderia se dar apenas sob uma óptica

² ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990.p. 37.

estritamente jurídica.

Assim, muito embora abordagens econômicas do Direito (*Law and Economics*) sejam encontradas já há algum tempo nos textos de Cesare Beccaria³, John Stuart Mill⁴, Jeremy Bentham, Karl Marx e na doutrina norte-americana do início do século XX⁵, é com a obra de Ronald Coase, intitulada *The Problem of Social Cost*, publicada na década de 1960, que floresce, definitivamente, a Análise Econômica do Direito, apregoando que os tribunais deveriam ter em conta as repercussões econômicas de suas decisões, de sorte a maximizar a eficiência de suas decisões.

Nesse sentido, na busca por um sintético conceito da nova metodologia de compreensão do fenômeno jurídico, pode-se afirmar, com Kuperberg e Beitz, que a Análise Econômica do Direito é a aplicação dos métodos econômicos de análise a problemas de interpretação jurídica⁶.

Verifica-se, então, nesse contexto, que “as Ciências do Direito e da Economia aproximam-se para a explicação, análise e detecção da fenomenologia social”⁷.

Assim, o Direito passa a valer-se de preceitos econômicos – particularmente, aqueles ínsitos à Microeconomia⁸, assim como o utilitarismo benthamiano, o pragmatismo norte-americano e o pensamento economicista⁹ – como critérios objetivos e racionais para a sua plena compreensão.

É possível afiançar, então, a fim de ilustrar a relação simbiótica entre as ciências jurídica e econômica, que

O Direito disciplina e concatena a ação dos indivíduos em sociedade, visando atingir dado objetivo social e, para tanto, seu conhecimento necessita perpassar por um olhar multidisciplinar e interdisciplinar da realidade. A Ciência Econômica torna o Direito eficaz, considerando, no

³ FISCHMANN, Filipe. Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras. São Paulo, 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

⁴ É interessante observar que, segundo Richard Posner – que deu relevantes contribuições para a consolidação da Análise Econômica do Direito –, o liberalismo de John Stuart Mill contribuiu para o nascimento de tal compreensão do fenômeno jurídico, pois se vincula a uma das modalidades de economia normativa. O liberalismo prestigia e fomenta a liberdade pessoal e a prosperidade econômica, além de estimular a meritocracia, reduzir os conflitos ideológicos e maximizar a produção eficiente. “A justificação do liberalismo é pragmática” – tal qual o é a justificação da Análise Econômica do Direito (POSNER, Richard. *Para além do direito*. Traduzido por Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 26.)

⁵ SILVA, Fernando Quadros da. A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma abordagem à luz da análise econômica do Direito. In: BALTAZAR Jr., José Paulo; HIROSE, Tadaaki. *Curso Modular de Direito Penal*. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 468.

⁶ KUPPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held, 1983.

⁷ GONÇALVES, E. N.; STELZER, J.. *Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito*. Revista Jurídica (FIC), v. 28, p. 77-122, 2012. p. 79.

⁸ GONÇALVES; STELZER. *Eficiência e direito*. p. 85.

⁹ GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e a sua aplicabilidade na ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis – UFSC, 1997, p. 114.

cálculo econométrico, variáveis de inclusão social e de eficiente tomada de decisão normativo-jurídica.

Em suma, “o Direito, analisado pela Ciência Econômica, é eficiente”¹⁰. Vale lembrar, ainda, porque oportuno, que, para Posner, a Economia é a ciência das escolhas racionais. Revela-se fácil constatar, assim, que a Análise Econômica do Direito, ao servir-se de conceitos ínsitos àquela ciência na compreensão do fenômeno jurídico, imprime-lhe maior racionalidade.

De maneira geral, consoante ensina Silva, a Análise Econômica do Direito propõe duas perspectivas: tentar antever os efeitos econômicos das leis e buscar os seus fundamentos de validade com base em sua eficiência econômica, bem como sugerir alterações ou aperfeiçoamentos da legislação¹¹. Acrescente-se, ainda, aquele que constitui, para Coase, o cerne da Análise Econômica do Direito: a aferição dos efeitos econômicos das decisões, sob a óptica de sua eficiência e do menor prejuízo à sociedade.

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

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

Na mesma toada, Cooter e Ulen apregoam que outra função importante dos estudos econômicos é fornecer aos juristas e aos parlamentares um padrão normativo útil de avaliação do Direito e das políticas públicas empregadas¹².

A pedra de toque da Análise Econômica do Direito consiste, em suma, na constatação de que há um modelo econômico de comportamento. Em outras palavras, faz-se uma análise de custo-benefício que leva os sujeitos a realizar ações que maximizem (ou que minimizem de modo menos significativo) seus ganhos.

ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

Efetuada breve digressão acerca do surgimento e consolidação da Análise

¹⁰ GONÇALVES, E. N.; STELZER, J.; SOUZA, G. L.. Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES): possibilidade epistêmica para o Direito segundo a Ciência Econômica. In: *Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito*, 2014, Florianópolis, SC. Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito. Florianópolis, SC: José Boiteux. v. 1. p. 806.

¹¹ SILVA. A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. p. 469.

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

Econômica do Direito, há de se perquirir se tal modelo de comportamento é aplicável – e em que medida – ao Direito Penal.

De antemão, conjectura-se que aquele método de compreensão do fenômeno jurídico é plenamente aplicável às ciências criminais, considerada a relevância do fenômeno criminológico e seus custos sociais e individuais.

Assim, a partir da primeira abordagem da Análise Econômica do Direito lançada no início da segunda metade do século passado por Posner, como relata Silva,

outros autores, como Guido Calabresi, Gary Becker, William Landers e Richard Posner, passaram a tratar de temas variados sob a ótica da Economia, generalizando-se a introdução da disciplina nos cursos jurídicos tanto da Europa (Direito e Economia) como dos Estados Unidos (Análise Econômica do Direito).¹³

A Teoria Econômica aplicada ao Direito Penal afigura-se, assim, como tentativa de racionalizar as políticas públicas existentes, tornar mais eficientes as normas penais, determinar quais as condutas que deveriam ser punidas e a correta forma de punição, além de maximizar os resultados quistos pela sociedade – eminentemente, a segurança.

Para tais desideratos, é possível a análise da conduta criminosa a partir, sobretudo, de três distintas – mas conciliáveis – teorias: teoria da escolha racional, teoria dos jogos e teoria da dissuasão.

A teoria da escolha racional prega, em apertada síntese, que o indivíduo realiza uma ponderação – um minucioso exame das vantagens e de seus respectivos custos – no processo de tomada de decisão¹⁴.

A teoria dos jogos, por outro lado, reflete acerca de situações em que a escolha de um indivíduo vincula-se à decisão de outro. É aplicável ao âmbito do Direito Penal na medida em que se compreenda o Estado e o criminoso como indivíduos que tomam decisões (delinquir, ou não; punir, ou não; recrudescer a repressão penal, ou não) com esteio nas escolhas formuladas pelo outro.

Discorrendo acerca dos objetivos da teoria dos jogos e da sua diferença perante a teoria da escolha racional, Posner assevera:

Em algumas situações, a pessoa racional ao decidir como agir, irá considerar a reação provável de outros; ele irá, em outras palavras, agir estrategicamente. Esse é o domínio da Teoria dos Jogos, que notavelmente contrasta com a economia comportamental, porque ela pressupõe, pelo

¹³ SILVA. *A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. p. 468.

¹⁴ BORGES, Lucas Dornelles Krás. *Análise Econômica do Direito Penal: a aplicação da Teoria Econômica como método de diminuição da prática de preços predatórios*. Disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/lucas_borges.pdf. Acesso em 19. Jul. 2015. p. 3.

menos em sua forma mais pura, um certo grau de racionalidade ainda maior do que a assumida pela economia ortodoxa.

Por sua vez, Borges, a partir de um cotejo entre as teorias comportamentais citadas, firma:

Da análise mais aprofundada, pode-se perceber que a Teoria dos Jogos possui uma maior aplicabilidade no Direito do que a Teoria da Escolha Racional, na medida em que a lei trabalha com a ideia de comportamento estratégico de seus agentes. Independe, por conseguinte, de qual instituto jurídico a ser examinado, uma vez que a respectiva teoria possui aplicações desde o Direito Contratual até o Direito Penal.¹⁵

A teoria da dissuasão, por seu turno, faz crer que o comportamento do delinquente pode ser obstado por meio da imposição de sanções legais e extralegais, as quais, se forem suficientes, dissuadirão o indivíduo a não adotar conduta socialmente inaceitável¹⁶.

A formulação teórica em comento, nos dizeres de Kornhauser, alinha-se à concepção de que o direito tem capacidade (e o objetivo) de influenciar a conduta dos indivíduos e que essa influência é de caráter eminentemente econômico¹⁷. Tal acepção coaduna-se com a lição de Coase, que encara a norma jurídica como incentivo a determinados comportamentos e as sanções nela veiculadas como custos¹⁸.

Acerca da teoria da dissuasão, Brenner afirma que “a dissuasão é eficaz na medida em que muda ou mantém os cursos de ação dos mais diferentes tipos de pessoas existentes na população na direção de um comportamento comprometido com a legalidade”. A dissuasão, assim, nada mais é que uma ameaça, consubstanciada no alerta, provido pelo Estado, de que a conduta tipificada é repudiada e que a sua prática importará em punição.

Se, contudo, a ameaça não é representativa para o criminoso, este cometerá crimes, pouco importando, neste íterim, o fato de ser socialmente repudiada tal conduta.

Essa eleição criminosa, profundamente racional – uma vez que fundada em planejamento antecipado –, está em plena consonância com a teoria econômica, uma vez que intenta maximizar a relação custo-benefício.

Esse modelo comportamental é adotado pelo já citado Gary Becker, que parte do pressuposto que os indivíduos, em determinadas situações e incentivos, fazem escolhas racionais para cometerem ou não crimes. As escolhas baseiam-se nas ideias de benefícios e

¹⁵ BORGES. *Análise Econômica do Direito Penal*. p. 6.

¹⁶ VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso*. Porto Alegre: AGE, 2006. p. 120.

¹⁷ KORNHAUSER, L. A. 1984 *apud* PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Economico del Derecho – una reconstrucción teórica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 39.

¹⁸ COASE, Ronald. *The problem of social cost*, *Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-23, 1960. p. 8.

custos¹⁹.

Becker, aliás, com seu ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, publicado em 1968, foi o precursor da Análise Econômica do Direito Penal, ao associar a prática de crimes com preceitos microeconômicos. O autor entende, a partir de uma teoria econômica do crime por si cunhada, que há uma escolha racional e ocupacional entre o setor legal e ilegal da economia²⁰.

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

A abordagem segue a usual análise dos economistas das escolhas e assume que uma pessoa comete um delito se a utilidade esperada excede a utilidade que ela poderia obter utilizando seu tempo e outros recursos em outras atividades. Assim, segundo o autor, algumas pessoas tornam-se “criminosas” não porque suas motivações diferem das de outras pessoas, mas porque seus custos e benefícios diferem.

Em seu ensaio, Becker questiona o que determina a quantidade e a espécie dos recursos e punições utilizados para dar cumprimento à legislação criminal, bem como o motivo pelo qual há diferenças tão significativas na execução de diferentes formas de legislação. Assim, pretende investigar quantos recursos e qual a extensão da punição que deve ser utilizada para dar execução às diferentes legislações criminais. Da mesma forma, questiona quantas ofensas devem ser permitidas e quantos ofensores devem ficar impunes. Formula, assim, uma medida de custo social decorrente dos crimes. Assim, a efetividade da execução da legislação criminal depende, dentre outras coisas, do custo de detectar e condenar os ofensores, a natureza das punições e as respostas dos criminosos ao avanço na aplicação da lei criminal²¹.

Vale frisar, em adendo, que um sensível afastamento entre o que se defende no presente escrito e a teoria proposta por Becker consiste no fato de que o autor americano acredita que toda forma de criminalidade é indistintamente suscetível de estudo pela Análise Econômica do Direito, ao passo que aqui se concebe que alguns crimes, por sua natureza mais racional – quase matemática –, constituem objeto de análise mais adequado – a escolha pelos crimes tributários não foi à toa.

¹⁹ VIAPIANA. *Economia do Crime*. p. 37.

²⁰ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 296-317. p. 303.

²¹ BECKER. *Crime and punishment: an economic approach*. p. 2.

Após os parênteses, resgate-se que Becker assevera, ainda, que o “crime é uma atividade ou ‘indústria’ economicamente relevante, conquanto negligenciada pelos economistas”, justificando que “a negligência resulta de uma atitude que concebe a atividade ilegal como demasiadamente imoral para que receba uma atenção sistemática e científica”. Tal fenômeno, embora constatado na década de 1970, nos Estados Unidos, é verificado também no Brasil, em que o estudo do crime sob a óptica econômica é ainda muito incipiente.

Cabe ressaltar, em adendo, que a principal diferença entre a teoria desenvolvida por Becker e aquela defendida por Bentham, relegada pela moderna criminologia, é o fato de que este último considerava possível erradicar completamente o crime, ao passo que o estudioso norte-americano concebia possível somente que se a reduzisse até um patamar mínimo.

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

A equação que representa o cálculo de custo-benefício (também proposta por Becker, embora em termos distintos) pode ser assim expressa: $S \times P > L$, em que S representa a severidade da sanção penal, P representa a probabilidade de “detecção” e condenação e L representa os lucros auferidos pelo criminoso com a prática delituosa. A variável P tem valor mínimo igual a 0, correspondente à certeza da impunidade, e valor máximo igual a 1, correspondente à absoluta certeza de captura e condenação (o que, contudo, é impossível, em decorrência das vicissitudes da persecução penal, como a prescrição, ineficiência do aparato estatal etc.).

Embora a equação, em geral, não possa ser expressa totalmente em números (haja vista que é impossível a mensuração direta de uma pena privativa de liberdade²² ou do lucro de um crime de estupro, por exemplo), bem representa as variáveis a serem ponderadas pelo potencial criminoso no processo de sua decisão.

No caso, se a multiplicação das variáveis S e P é superior ao valor do lucro ($S \times P >$

²² Becker, porém, acredita que “o custo das diferentes punições para um delinquente pode ser comparável através da sua conversão em seu equivalente monetário ou de valor, o qual, é evidente, é diretamente mensurável apenas para multas. Por exemplo, o custo de uma prisão é a soma dos ganhos cessados e do valor colocado nas restrições de consumo e liberdade. Como os ganhos cessados e o valor creditado às restrições da prisão variam de pessoa para pessoa, o custo de uma sentença que condena à prisão de determinada duração não é uma quantidade única, mas é geralmente maior, por exemplo, para pessoas que lucrariam mais fora da prisão. O custo para cada delinquente seria maior quanto maior fosse a sentença de prisão, uma vez que os lucros e o consumo cessantes são positivamente relacionados com a extensão das sentenças” (BECKER. *Crime and punishment: an economic approach*. p. 5.).

L), o criminoso racionalmente optará pelo não cometimento de crimes. Se, por outro lado, L é maior que $S \times P$ ($S \times P < L$), significa dizer que o custo-benefício é favorável ao indivíduo. O ato será, portanto, lucrativo – isto é, o crime compensará. Essa escolha racional é ínsita, sobretudo, aos crimes econômicos – como o são os crimes contra a ordem tributária, a serem adiante analisados.

Vislumbra-se, assim, uma conjugação das teorias comportamentais já citadas, com destaque para a teoria dos jogos e a teoria da dissuasão racional. Ressalte-se, ainda, que o raciocínio aqui expresso é endossado por Jeremy Bentham,

que, partindo da suposição de serem as pessoas racionais, concluiu que o controle penal se resume a estabelecer um conjunto de preços pelo delito, manipulando as variáveis que determinam o custo do castigo para o criminoso em potencial: a severidade do castigo e a probabilidade da pena.

Diante de tal raciocínio, mais afeiçoado ao campo da criminologia, a decisão de cometer ou não um delito ou vender um quadro seria sempre racional. Portanto, o controle penal estaria restrito a estabelecer um conjunto de preços ou custos pelo delito. A severidade do castigo e a probabilidade de benefícios pelo crime entrariam como variáveis a serem consideradas pelo criminoso.²³

Verifica-se que Bentham aborda as mesmas variáveis utilizadas na equação supra, denominando-as severidade do castigo, probabilidade da pena e benefícios.

ANÁLISE ECONÔMICA DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

Para uma melhor compreensão das categorias propostas por Bentham e por Becker (que integram a equação acima proposta), recorre-se à análise da repressão estatal aos crimes tributários, os quais, por terem caráter eminentemente econômico, têm elementos (lucros, sanções e índices de eficiência da repressão estatal, por exemplo) mais facilmente mensuráveis.

Como assevera Castro,

nos processos judiciais que tratam de matérias de direito tributário, embora não exclusivamente neles, existem sempre, e de maneira muito proeminente, ao lado dos aspectos passíveis de serem representados por meio de categorias analíticas mais convencionais do direito, também outros aspectos que necessitam ser evidenciados, compreendidos e avaliados em suas consequências práticas, por meio de uma perspectiva econômica.²⁴

Ainda, nos crimes societários e empresariais, a própria tipificação das condutas é realizada “não apenas com a finalidade de repressão, mas com o objetivo especial de produzir

²³ SILVA. *A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. p. 470.

²⁴ CASTRO, Marcos Faoro de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica. In *Revista da PGFN*, Brasília, 2011. v. 5. p. 3.

estabilidade e eficiência ao mercado, com a tentativa de redução da concorrência desleal”²⁵.

Acerca de tais delitos – que, em certa medida, confundem-se com os crimes de colarinho branco –, Becker observa que, com o aumento de impostos, a sonegação tributária e os crimes de colarinho branco cresceram mais que os demais – fenômeno também impulsionado pelo aumento do dinheiro colocado em circulação após a crise de 1929, embora o dinheiro em espécie seja menos significativo que outras formas de ativo (cheques, cartões)²⁶. A afirmação é consideravelmente relevante para o presente trabalho, sobretudo em razão da elevada carga tributária praticada no Brasil, que será objeto de detida análise mais adiante.

Além disso, a análise econômica dos crimes tributários é significativamente útil em decorrência de a restituição dos valores sonegados aos cofres do Estado ser praticamente imediata.

De início, advirta-se que nem toda sonegação fiscal é criminosa; para que se tipifique o crime, é necessário o dolo de cometer alguma das infrações penais capituladas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 (que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”), ou nos crimes tributários tipificados no Código Penal (arts. 168-A e 334, principalmente).

Vale dizer que o Direito Tributário (e, por conseguinte, o Direito Penal Tributário), como uma das áreas do Direito que mais intimamente se vincula à Economia, demanda que sua compreensão seja efetuada a partir dos cânones da Análise Econômica do Direito. A título ilustrativo, alude-se aos artigos 8º a 10 (que versam acerca da pena de multa) e 12 (relativo ao agravamento da pena), em cujo teor se alocam termos eminentemente econômicos:

Das Multas

Art. 8º Nos crimes definidos nos arts. 1º a 3º desta lei, a pena de multa será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 (quatorze) nem superior a 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional BTN.

Art. 9º A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:

I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4º;

II - 5.000 (cinco mil) até 200.000 (duzentos mil) BTN, nos crimes definidos nos arts. 5º e 6º;

²⁵ SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html>. Acesso em: 21 dez. 2015.

²⁶ BECKER. *Crime and punishment: an economic approach*. p. 5.

III - 50.000 (cinquenta mil) até 1.000.000 (um milhão de BTN), nos crimes definidos no art. 7º.

Art. 10. Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo. [...]

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

Tais termos, é visível, retratam preceitos econômicos atinentes ao custo social e à relação de custo-benefício do crime, somente compreensíveis à luz da Análise Econômica do Direito.

Ainda de modo preliminar à análise central que se deseja realizar, cabe ressaltar que, embora seja crescente o seu estudo – sobretudo em sua inicial e mais conhecida vertente, proposta por Posner e a Escola de Chicago –, a Análise Econômica do Direito não está imune a críticas, que indicam o risco de que o caráter interdisciplinar produza um fenômeno indesejável: o de converter a teoria econômica no único conhecimento relevante para o estudo do Direito, olvidando preceitos básicos de garantia de direitos fundamentais.

É, contudo, exatamente nesse contexto que o respeito aos direitos fundamentais – particularmente às garantias de caráter penal material e processual penal, dadas as peculiaridades do presente trabalho – se apresenta como adequado instrumento de contenção daquela receada conversão.

Pode-se dizer, de outra forma, que é possível aplicar a interpretação econômica do fenômeno jurídico sem renunciar às especificidades do método jurídico, isto é, sem subordinar a aplicação do Direito à obtenção de resultados economicamente positivos, o que, em última instância, corresponderia ao condicionamento da aplicação das normas jurídicas a um referencial alheio ao Direito.

Essa ressalva é particularmente importante no Brasil, que, em virtude de se tratar de país periférico e em desenvolvimento, demanda uma aplicação diferenciada da análise econômica, em comparação àquela adotada nos países desenvolvidos, uma vez que a tutela de alguns direitos possui relevância maior do que nos territórios desenvolvidos, que já consolidaram um modelo de sistemas jurídico e social²⁷.

A (IN)EFICIÊNCIA DA REPRESSÃO AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS EM TERMOS CONCRETOS

²⁷ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Traduzido por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de: *The economics of justice*. p. XVIII.

Pois bem. Efetuado esse introito à Análise Econômica dos crimes contra a ordem tributária, cabe a análise de dados estatísticos acerca da sonegação fiscal.

Do sítio eletrônico do Ministério Público de Santa Catarina²⁸, consta que o combate à sonegação fiscal resultou, somente no ano de 2014, na recuperação de R\$ 514 milhões aos cofres estaduais.

A recuperação de impostos tem crescido expressivamente nos últimos anos. Conforme dados do Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária (COT) do *Parquet* catarinense, em 2013 foram resgatados R\$ 420 milhões.

Em 2014, o Ministério Público também ajuizou 1.391 denúncias por crime de sonegação fiscal, número que corresponde a um total de mais de R\$ 443 milhões que reverterão, futuramente, aos cofres públicos. Em 2013, foram 1.251 peças acusatórias, com um total de R\$ 375 milhões sonegados.

Se os dados atinentes à recuperação de tributos sonegados parecem expressivos, Andrade adverte que as denúncias atinentes à prática de crimes tributários corresponderam a somente 2,33% das ações penais ajuizadas pelo Ministério Público catarinense no período compreendido entre os anos de 2006 e 2009²⁹.

Além disso, o autor faz alusão a estudo sobre sonegação fiscal realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, que indica que os tributos inadimplidos pela empresas entre os anos de 2000 e 2008 são da ordem de 200 bilhões de reais ao ano – o que corresponde a 9% do Produto Interno Bruto Brasileiro. O mesmo instituto indica que a sonegação das empresas brasileiras corresponde, em média, a 25% de seu faturamento, o que conduz a um índice de sonegação superior a 30%³⁰.

Dados atualizados, providos pelo Sindicato de Procuradores da Fazenda Nacional, dão conta de que a sonegação tributária cresceu vertiginosamente: equivale, em 2013, a quase R\$ 500 bilhões – quase 10% do PIB –, com um índice de sonegação correspondente a alarmantes 28,4% da arrecadação³¹.

Assim, embora de modo não exaustivo, evidencia-se que a variável *P* (probabilidade de condenação), na equação que representa o custo-benefício do crime, ainda possui um valor

²⁸ www.mpsc.mp.br

²⁹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. Revista da ESMESC, v. 17, p. 45-122, 2010. p. 84.

³⁰ ANDRADE. *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. p. 97.

³¹ NUNES, Allan Titonelli. Sonegação alcança 10% do PIB, diz estudo do Sinprofaz. *Revista Consultor Jurídico*. 05. jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/allan-titonelli-sonegacao-alcanca-10-pib-estudo-sinprofaz>. Acesso em 23. dez. 2015.

muito reduzido no que concerne aos crimes tributários. Isto é, apenas pequena parcela dos crimes tributários é descoberta e enseja a condenação de seu autor.

Inexoravelmente, tal circunstância conduz à constatação de que, em termos vulgares, o crime (tributário, *in casu*), vale a pena, sob a óptica da Análise Econômica do Direito. Em outras palavras, o custo, para o criminoso, é reduzido ante as consideráveis chances de lucro.

Dessa forma, a fim de que a equação se equilibre em desfavor do criminoso, restariam duas opções: incrementar as sanções penais ou aumentar a probabilidade de condenação. Ambas, em teses, revelam-se possíveis.

Há que se atentar aqui, contudo, à advertência antes elaborada, no sentido de que a Análise Econômica do Direito não pode, sob o pretexto da busca pela eficiência, redundar na violação a direitos e garantias fundamentais.

Aos crimes tributários tipificados na Lei nº 8.137/90 são cominadas penas de reclusão, de dois a cinco anos, e multa (para os delitos do artigo 1º) e detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Tais sanções podem ser incrementadas em até um meio, ainda, com o recurso ao artigo 12, inciso I, do mesmo diploma legal, em caso de “grave dano à coletividade”. Cuidam-se de penas adequadas à gravidade abstrata dos delitos.

Portanto, na prática, o incremento das sanções penais não se afigura possível, sob pena de transgressão de direitos e garantias fundamentais.

Exsurge, portanto, a hipótese de que o aumento da eficiência da persecução aos crimes tributários não tem solução outra senão o incremento do índice relativo à probabilidade de condenação, representado pelo aperfeiçoamento das instituições estatais incumbidas da repressão aos crimes tributários: Polícias, Ministério Público e o Fisco.

A hipótese amolda-se à histórica lição de Beccaria (precursor de uma remota Análise Econômica do Direito Penal):

Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juízo inexorável.

A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade [...].

Para que uma pena produza seu efeito, basta que o mal que ela mesma inflige exceda o bem que nasce do delito.³²

Também Gary Becker entendia que o caminho adequado para a redução da criminalidade seria representado pelo aumento na probabilidade da punição ou pelo recrudescimento das penas.

³² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo. CL EDIJUR, 2014. p. 72-73.

O autor observa, de início, que as teorias criminológicas – aquelas que versam “sobre os fatores do número de crimes” – divergem: vão desde o formato do crânio e herança biológica até a criação familiar e o desencantamento com a sociedade. Afirma, porém, que

Praticamente todas as diversas teorias concordam, todavia, que, quando outras variáveis remanescem constantes, um aumento na probabilidade de a pessoa ser condenada ou punida se condenada geralmente provocará um decréscimo – talvez substancial, talvez insignificante – do número de crimes. Em acréscimo, uma generalização comum por pessoas com experiência judicial consiste em afirmar que um aumento na probabilidade tem um efeito maior que a majoração das penas, muito embora, pelo que sei, nenhuma das teorias proeminentes lançou qualquer luz sobre essa relação³³.

Becker defende, em síntese, que uma redução na punição e na probabilidade de condenação reduz a utilidade esperada de um delito e tende a reduzir o número de delitos porque a probabilidade de se pagar um “preço” maior ou o próprio “preço” aumentaria³⁴.

A hipótese central apresentada, embora bastante evidente, encontra-se lastreada por preceitos econômicos – nomeadamente, o equacionamento entre os elementos que circundam o crime – e jurídicos – presentes, sobretudo, na garantia dos direitos fundamentais. Além disso, cuida-se de resolução que apresenta um custo social não muito elevado e que resulta em um retorno econômico – decorrente do incremento de eficiência na repressão aos crimes tributários – quase que imediato, como resultado da minimização dos custos sociais oriundos da sonegação tributária.

CONCLUSÃO

A partir do referencial teórico provido pela Análise Econômica do Direito, em suas mais remotas origens – sobretudo com Bentham e Beccaria, no que diz respeito ao presente trabalho –, o presente trabalho ocupou-se, inicialmente, de discorrer acerca da utilização daquele instrumental econômico-jurídico na compreensão do fenômeno criminal.

Respondeu-se, então, positivamente à primeira indagação, relativa à aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na compreensão dos crimes, muito embora se tenha ressaltado, mais adiante, que aquele instrumental hermenêutico deve encontrar limites – que se consubstanciam no irrestrito respeito aos direitos fundamentais, nomeadamente os de caráter penal material e processual –, sob pena de o direito curvar-se a necessidades econômicas.

Verificou-se, ainda, que, muito embora os precursores da Análise Econômica do

³³ BECKER. *Crime and punishment*. p. 10.

³⁴ BECKER. *Crime and punishment*. p. 11.

Crime defendam que esta é aplicável a todas as formas de ilícitos penais, esse instrumental hermenêutico é mais preciso na compreensão de crimes em cuja prática esteja envolvida uma racionalidade – de certa forma até matemática – mais evidente. Explanou-se, então, que, exatamente por conta disso, efetuou-se corte epistemológico que conduziu à abordagem exclusiva dos crimes contra a ordem tributária, tendo em vista, além da racionalidade do agente criminoso, a possibilidade de mensuração mais precisa de seus resultados prejudiciais – o montante de tributos sonegados –, bem como da eficiência na repressão a essa forma de criminalidade, através do percentual de tributos recuperados.

Justamente com base em tais dados e estatísticas, verificou-se que a repressão aos crimes tributários, no Brasil, é ineficiente e, portanto, que deve ser otimizada – tornada mais eficiente.

Em uma lógica em que a pena e a probabilidade de detecção devem, conjugadamente, superar os ganhos esperados pelo criminoso, demonstrou-se que, para otimizar a repressão à criminalidade abordada, seria possível, em tese, o incremento das penas cominadas à sonegação tributária, bem como o aumento da probabilidade de detecção e condenação.

Em observância aos direitos fundamentais – limites à aplicação da Análise Econômica do Direito ao âmbito criminal –, tem-se que, diante da impossibilidade concreta de incremento das penas, resta como possível (ou necessário) o aparelhamento das instituições estatais responsáveis pela repressão à criminalidade tributária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Atuação do Ministério Público e Teorias Penais*. Revista da ESMESC, v. 17, p. 45-122, 2010.

AZEVEDO, Lyza Anzanello; GONÇALVES, Jéssica. A construção do conhecimento jurídico a partir da análise econômica: da maximização da riqueza ao pragmatismo de Richard Posner. In: *Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito*, 2014, Florianópolis, SC. *Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito*. Florianópolis, SC: José Boiteux. v. 1.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giácomo. *A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*. Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley), 2010. Disponível em:

<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>. Acesso em: 16. mai. 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo. CL EDIJUR, 2014.

BECKER, Gary S.. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; BORGES, Lucas Dornelles Krás. *Análise Econômica do Direito Penal*: a aplicação da Teoria Econômica como método de diminuição da prática de preços predatórios. Disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/lucas_borges.pdf. Acesso em 19. Jul. 2015.

BRENNER, Geraldo. *Entendendo o Comportamento Criminoso*: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades. Porto Alegre: AGE, 2009.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARVALHO, Cristiano. (2013) Teoria da Decisão Tributária. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Marcos Faoro de. (2011) Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica. In *Revista da PGFN*, Brasília. v. 5.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics, n. 3, p. 1-23, 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FISCHMANN, Filipe. *Direito e Economia*: um estudo propedêutico de suas fronteiras. São Paulo, 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

GICO, Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In Economic Analysis of Law Review. EALR, V. 1, nº 1.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e a sua aplicabilidade na ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis – UFSC, 1997.

GONÇALVES, E. N.; STELZER, J.. *Eficiência e direito*: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. Revista Jurídica (FIC), v. 28, p. 77-122, 2012.

GONÇALVES, E. N.; STELZER, J.; SOUZA, G. L.. Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES): possibilidade epistêmica para o Direito segundo a Ciência Econômica. In: *Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica*: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito, 2014, Florianópolis, SC. Anais do I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades do conhecimento científico no Direito. Florianópolis, SC: José Boiteux. v. 1.

KUPPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. *Law Economics and Philosophy*. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held, 1983.

LANDES, William M.. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974.

NUNES, Allan Titonelli. Sonegação alcança 10% do PIB, diz estudo do Sinprofaz. *Revista Consultor Jurídico*. 05. jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/allan-titonelli-sonegacao-alcanca-10-pib-estudo-sinprofaz>. Acesso em 23. dez. 2015.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Economico del Derecho* – una reconstrucción teórica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

OLIVEIRA, Paulo Fernando de Lima. *Direito Tributário e análise econômica do Direito*. Entre a legalidade e a eficiência. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4029, 13 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28740>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Traduzido por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. *Para além do direito*. Traduzido por Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990.

SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 296-317.

SILVA, Fernando Quadros da. A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma abordagem à luz da análise econômica do Direito. In: BALTAZAR Jr., José Paulo; HIROSE, Tadaaqui. *Curso Modular de Direito Penal*. v. 2. Florianópolis: Conceito, 2010.

SOUZA, Gibran de Lima de. *A mensuração do dano extrapatrimonial por meio da Análise Econômica do Direito*. 2014. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: Campus, 2013.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime*: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: AGE, 2006.