

JOTA

Publicado 18 de Julho, 2016

Norma jurídica em matéria de crimes econômicos

Ana Paula Martínez

Análise econômica do Direito Penal

As normas jurídicas definidoras da infração penal, como manifestações do *imperium* estatal, regulam e restringem a liberdade individual em homenagem a algum interesse social, que por sua vez está sempre relacionado a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento constitucional. Nesse sentido, como bem disse Mestieri, “a norma jurídica deve ser necessária e culturalmente adequada”^[1]. A necessidade tem a ver com o grau de intensidade que a sanção (incentivo negativo) deve ter para que se alcance a conduta desejada. E a adequação cultural tem pertinência com a eleição de bens jurídicos protegidos que encontrem ressonância com o complexo de valores meta-jurídicos que informam a construção do ordenamento jurídico.

No contexto do tratamento penal das infrações contra a ordem econômica, o bem jurídico tutelado é o mercado, a ordem econômica, regida pelo princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal). Uma vez que a própria Constituição Federal inscreve a concorrência no rol dos princípios que emolduram nossa ordem econômica, não resta dúvida que, do ponto de vista puramente normativo, está legitimado o tratamento do ilícito antitruste por parte do direito sancionador. E é isso que prevê o artigo 173, §4º, da Constituição quando estabelece que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Mas isso não

basta para justificar a repressão penal – dado o caráter extremo da norma penal, exige-se certo grau de legitimação do arcabouço normativo mediante demonstração de que aqueles interesses juridicamente protegidos são particularmente importantes para a sociedade. Daí o elemento “cultural” a que alude Mestieri.

E como concluir pela “necessidade” da repressão penal? Se a dicção da nossa carta constitucional, por si só, já garante relevância normativa à livre concorrência e ao mercado como bem jurídico tutelado, como devemos – da perspectiva da teoria geral do direito – justificar a necessidade de tratamento penal? Aqui nos parece que a teoria tradicional tem óbvias limitações. Na literatura penal clássica, o conjunto sancionatório necessário é aquele que consegue dissuadir a conduta, preservando a ordem social, sem que, para isso, tradicionalmente tenha se lançado mão da teoria econômica. Já no âmbito da teoria geral do direito, essa discussão insere-se no capítulo da eficácia da norma jurídica. Como diz Reale, *“uma norma não surge como arquétipo ou esquema ideal, mas como elemento integrante de um modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento”*[2]. Como o Direito é construído a partir de categorias lógico-jurídicas, centradas nas tradicionais discussões em torno de existência, validade e eficácia (jurídica) da norma, a ciência do direito habituou-se ao campo dos atributos binários: a norma existe ou não, vige ou não, é eficaz[3] ou não. Pouco se discute acerca da efetividade da norma.

No campo da efetividade, a linguagem de natureza binária não resolve nosso dilema. Se por “necessário”, ou por “efetivo”, entendermos a norma penal que elimina completamente a conduta indesejada, então não há norma que seja efetiva ou tampouco sanção que seja suficiente. Necessitaríamos de uma sociedade extremamente restritiva e despótica, com um efeito final duvidoso sobre o bem-estar dos jurisdicionados. Ora, se então a norma efetiva não é aquela que necessariamente erradica completamente a conduta indesejada, qual é a linha divisória que separa a norma que regula a conduta de forma adequada daquela que falha em fazê-lo? Análise econômica do direito e o conceito de dissuasão eficiente como aquela que minimiza os custos sociais podem trazer respostas a essa questão – trataremos do tema adiante.

Ainda, a discussão da efetividade da norma jurídica penal em direito econômico depende da compreensão da empresa: ela é agente do ilícito (imputável segundo o ordenamento jurídico brasileiro pelo direito administrativo sancionador, mas não pelo direito penal com exceção de

ilícitos ambientais) e sujeito passivo da sanção de natureza pecuniária. Nesse campo, se desde Savigny já se considera a pessoa jurídica como ficção legal, a teoria mais moderna a vê como “*centro de imputação normativa*”, na linha sugerida por Comparato[4], ou, como nós preferimos, um feixe de relações jurídicas, de contratos conectados[5]. Essa distinção é extremamente importante: uma vez que passamos a compreender a empresa como feixe de relações jurídicas, fica fácil perceber que a sanção à empresa tem repercussões que vão muito além das fronteiras da pessoa jurídica – alterando a alocação de riscos, ganhos e perdas de empregados, acionistas, fornecedores e consumidores. Toda vez que falhamos em reconhecer isto, nos aferrando a teorias institucionalistas da pessoa jurídica e desconsiderando os efeitos, em concreto, que determinadas medidas acarretam quando da incidência da norma e de suas sanções, caímos no círculo vicioso e perigoso de um arcabouço normativo vigente, mas que gera ineficiência social e impõe custos a outros que não apenas o sujeito ativo do ilícito.

Dado o objetivo de minimizar a conduta infrativa indesejada, empregar a dissuasão mediante tutela penal é eficiente? Qual é a combinação normativa que minimiza a prática e maximiza o bem-estar social, de forma mais efetiva e menos custosa? Por vezes, a resposta implicará alguma medida de tutela penal e por vezes não. Para que possamos chegar à resposta adequada no caso da repressão aos ilícitos econômicos, precisamos explorar a moldura teórica que nos permite chegar à conclusão central deste trabalho. E essa moldura parte da análise econômica do direito penal, que deveria desempenhar papel central no direito penal moderno quando se trata de discussão sobre necessidade da norma.

Toda vez que se fala de “dissuasão da pena” ou de “efeito dissuasório do direito penal”, estamos implicitamente pressupondo um modelo de comportamento humano racional que assume (i) que o agente do potencial ilícito responde a incentivos e é naturalmente um maximizador de seu bem-estar; e que (ii) a pena representa um incentivo negativo, isto é, que milita contra a prática da conduta. Por óbvio, se o agente da eventual conduta imputável fosse indiferente à sanção, o próprio conceito de dissuasão deixaria de ter qualquer sentido.

A “*análise econômica do direito penal*” traz modelo que tenta organizar categorias descritivas acerca de *como, exatamente, agentes potenciais de uma conduta imputável computam seus potenciais benefícios (isto é, os frutos do crime) vis-a-vis seus potenciais custos*, nos dando elementos para concluir pela necessidade ou não da norma. O “custo esperado do crime” para o potencial infrator vem de diversas fontes: a eventual multa, a pena privativa de liberdade

(que implica perda de renda e bem-estar para o infrator e sua família) e o estigma social da condenação[6]. Aos que creem que esse último fator – o do estigma – é “intangível” e de difícil mensuração, basta lembrar que a renda esperada do criminoso deve ser drasticamente reduzida em decorrência da condenação – há menor acesso ao mercado de trabalho, “preconceito”, além de restrição regulatória a determinadas carreiras.

Nesse contexto, diz-se que, do ponto de vista do potencial infrator[7], a decisão de cometer ou não a violação se explica, em última instância, a partir da equação

$$Ve = Bc - (Sp * Pd)$$

em que Ve = Valor esperado com a prática do crime; Bc = Benefício auferido com o crime; Sp = Sanções previstas e Pd = Probabilidade de detecção.

Este componente, o descritivo, deveria ser a parte menos controversa do arcabouço da análise econômica, uma vez que é mero desdobramento da crença generalizada de que pessoas (inclusive os criminosos) reagem a incentivos que podem estimular (caso do prêmio) ou dissuadir (caso da sanção) condutas. Já mais controversa é a parte normativa da análise econômica – que, tendo mensurado os custos e benefícios incorridos pela própria sociedade com a detecção, persecução e imposição de sanções à potencial conduta delituosa termina por “prescrever” qual formato sancionatório deve ser adotado de forma a maximizar vantagens e minorar encargos para a sociedade.

Enquanto a análise econômica, em sua dimensão descritiva, cuida da pergunta “*Por que o sonegador fiscal deixa de pagar seu imposto de renda mesmo quando a multa para a prática dolosa pode chegar a 150% do valor do tributo recolhido a menor (Lei 9430/96, art. 44)?*”, a análise econômica em sua dimensão normativa ou prescritiva cuida da pergunta: “*Como o legislador deve fixar a sanção para a sonegação fiscal de maneira a minimizar tanto a conduta infrativa quanto os custos da sociedade com a aplicação da lei?*” A resposta à primeira pergunta é razoavelmente intuitiva: se a chance de detecção é relativamente baixa, o custo esperado da sonegação fiscal é inferior ao benefício esperado com a prática. Em outras palavras, se há uma chance pequena de o sonegador vir a ter que pagar 150% (cento e cinquenta por cento) do montante não recolhido ao erário, e uma chance substantiva do crime não ser detectado, a multa acaba se revelando insuficiente para dissuadir o crime.

Cuidemos agora da resposta à segunda pergunta (o desenho eficiente do ponto de vista social para o arcabouço sancionatório), que, por definição, é bem menos trivial que a resposta à nossa

primeira indagação. Essa avaliação econômica do direito penal inclui não somente considerações quanto a: (i) qual é a sanção necessária para minimizar a conduta infrativa (que é a resposta à primeira pergunta), como também (ii) qual seria o efeito de um patamar de sanção maior ou menor sobre a conduta dos infratores e o custo para a sociedade decorrente de uma eventual mudança dessa norma.

Por exemplo, vamos assumir que a taxa de evasão “aceitável” máxima seja de 5% (cinco por cento) da população de contribuintes. Para que a taxa de evasão seja mantida em patamar inferior a este limite, temos dois principais fatores dissuasórios, como vimos acima: o valor da multa (sanção) e a probabilidade de que o contribuinte que evade seja identificado (detecção). Assim, *quanto mais baixa a probabilidade de detecção, maior deve ser a sanção*. O oposto também é verdadeiro: *quanto maior a probabilidade de detecção, mais suave pode ser a sanção*. Se fixarmos uma multa muito baixa para a sonegação fiscal – 15 (quinze) ao invés de 150% (cento e cinquenta por cento) do montante não recolhido – o Fisco terá que “compensar” esse patamar de sanção pecuniária 10 (dez) vezes mais baixo com uma probabilidade de detecção 10 (dez) vezes mais alta. Isso provavelmente implicaria contratação de mais fiscais, ampliação de sistemas, infraestrutura, entre outras medidas – em suma, um custo adicional para a sociedade, eventualmente até mais oneroso do que os impostos que se quer recuperar. Assim, a “melhor” combinação de severidade da pena e probabilidade de detecção é aquela que aumenta a dissuasão, ao mesmo tempo em que reduz os custos da repressão à conduta infrativa. Nesse passo, poder-se-ia perguntar: *Por que não fazer o oposto e fixar uma pena tão severa que dispensasse grande parte dos custos de detecção?* Presumivelmente, uma multa de 10 (dez) vezes o valor sonegado, ao invés da multa atualmente prevista, diminuiria a necessidade de monitoramento a um patamar mínimo.

De forma similar ao que arguiu Becker no artigo considerado fundacional para a análise econômica do direito penal[8], imaginemos que a sociedade fixe uma sanção pecuniária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para uma infração tributária, associada a uma probabilidade de 20% (vinte por cento) de detecção. Alguém indaga: *Por que não mudar para uma multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), gastando menos recursos públicos com monitoramento, diminuindo para 10% (dez por cento) a probabilidade de detecção?* E se esse movimento funciona, por que não prosseguir e tornar a pena ainda mais severa, gastando ainda menos recursos, e assim por diante? No limite, teríamos uma pena infinitamente severa com uma probabilidade infinitamente pequena de identificação do infrator.

No contexto da análise econômica do direito, a resposta de por que penas pecuniárias infinitamente severas associadas a probabilidades muito pequenas de detecção não são suficientes para dissuasão reside na constatação de que estas tem eficácia declinante[9]. Em nosso exemplo, majorar uma multa de 4 (quatro) para 5 (cinco) vezes o valor sonegado provavelmente não aumentaria o efeito dissuasório em 20% (vinte por cento). Uma das razões pelas quais isso ocorre tem relação com a “*capacidade de pagamento*”. Depois de um determinado patamar, aumentos de uma pena pecuniária têm reduzido efeito dissuasório incremental porque a imposição recairá sobre sujeito (indivíduo ou empresa) que já não tem capacidade de absorver o montante adicional da multa. Além disso, ainda que fosse possível fixar uma pena pecuniária tão alta que compensasse a baixa probabilidade de detecção, uma alta multa tem repercussões que afetam a vida da empresa, podem impor desnecessários e irrecuperáveis custos sociais e podem não ser suficientes para dissuadir os indivíduos por trás da conduta por um desalinhamento de incentivos.

A análise econômica do direito deve levar todos estes fatores em consideração de modo a tentar determinar não só qual o nível adequado de sanção pecuniária (à luz da probabilidade implícita de detecção), mas também se outras formas de sanção são necessárias para atingir o nível eficiente de dissuasão da conduta imputável[10]. Deve também considerar o custo social da pena, seja em termos de custos financeiros para a administração da justiça e manutenção do sistema carcerário, como o custo de oportunidade de privar a sociedade de conviver com um determinado perfil de indivíduo.

Um alerta final ao leitor: o operador do direito está habituado a lidar com categorias lógico-jurídicas, de natureza binária: legal-ilegal, validez-invalidéz, eficácia-ineficácia e assim por diante. Mas a moldura que constitui a análise econômica do direito não trafega no mundo da binariedade. Assim, não se trata de discutir se a norma tem ou não efeito dissuasório, mas sim em que medida este efeito existe e se o *quantum* do efeito é socialmente eficiente frente aos custos do crime. Vale dizer, ainda que se aumentasse a cominação da lei para um determinado crime de forma draconiana (aumentando o custo do crime) – ou que as autoridades decuplicassem seu aparato de persecução e detecção (aumentando a probabilidade de condenação), tal crime não desapareceria, mas sim seria reduzido. O que a análise econômica do direito em sua dimensão normativa tenta fazer é discutir se *os benefícios da dissuasão incremental compensam os custos adicionais incorridos pela sociedade*.

Diga-se, aliás, que em alguns ordenamentos, como é o caso do Brasil, a baixa efetividade do aparato persecutório (parca infraestrutura de investigação, ineficiência institucional, morosidade do Judiciário etc.) leva alguns juristas à alegação de que, no fim, o que importa não é a severidade da pena, mas apenas a “certeza da punição”^[11]. Outros vão além, dizendo que o modelo da análise econômica do direito é um modelo teórico-racional, mas que os criminosos não respondem a incentivos da maneira esperada: leis mais severas ou aumento na certeza de punição seriam incapazes de diminuir a prevalência do crime, uma vez que o infrator não agiria de forma racional. Para estes, a função precípua do Direito Penal seria retirar o infrator do convívio social – apenas quando estritamente necessário – e então ressocializá-lo, mas não o de agir como modulador, *ex ante*, da conduta social. Contudo, a evidência empírica mais recente demonstra a validade da teoria econômica do direito aplicada a determinadas condutas criminais, em especial no que diz respeito àquelas infrações em que a questão pecuniária está na raiz da própria conduta, como são os crimes contra o patrimônio e os crimes econômicos. Este tema sera apropriadamente tratado em um próximo artigo.

[1] Mestieri, João. A Norma no Direito Criminal. In: Ferraz, Sérgio (Org.). *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 150.

[2] Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 606.

[3] Há falta de uniformidade na doutrina quanto ao uso do termo “eficácia”. Mesmo essa deveria comportar gradações: a norma pode ser contidamente eficaz, quando ela mesma prevê que deve ser regulamentada, por exemplo. Vide Ferraz Júnior., Tercio Sampaio Ferraz. Teoria da Norma Jurídica: Um Modelo Pragmático. In: Ferraz, Sergio (Org.). *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 30.

[4] Comparato, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

[5] Gulati, Mitu et al. Connected Contracts. *UCLA Law Review*. Los Angeles, v. 47, p. 887-948, 2000.

[6] Vide Laredo, Matthew P. *The Earning Gap of Criminality: Effects of Stigma, Length and Form of Incarceration*. CMC Senior Theses, 2012.

[7] Mesmo agentes racionais não são todos iguais e têm tolerâncias a risco e preferências diferentes. Isto é o que acaba tornando o conceito de efetividade não-binário. Um leve aumento de pena poderá ser suficiente para dissuadir o potencial infrator de menor tolerância à sanção (fazendo com que, para ele, o benefício esperado com o crime passe a ser negativo), sem que o mesmo ocorra com um outro indivíduo de maior tolerância à eventual

punição. Por isso encontrar o “mix” de dissuasão eficiente depende, em última instância, de um exercício que sempre acaba deixando algum patamar de incidência de crime.

[8] Vide Becker, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Politics and Economics*. Chicago, v. 76, nº 2, p. 169-217, 1968. Na mesma linha, vide Viscusi, Kip W. *The Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: MIT Press, p. 145, e Bentham, Jeremy. *Teoria das penas legais e Tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Cultura, 1943, p. 23.

[9] Vide Becker, Gary S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *op. cit.*, e Friedman, David, *Law's Order*. *op. cit.*, p. 225 e ss.

[10] Sobre os diferentes modelos jurídicos, especialmente sobre a interação entre sistemas administrativos e criminais, vide Coffee Jr., John C. Paradigms Lost: The blurring of the criminal and civil law models and what can be done about it. *Yale Law Journal*. New Heaven, v. 101, nº 8, p. 1875-1894, 1992; Cooter, Robert. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*. Nova Iorque, v. 84, nº 6, p. 1523-1560, 1984; Hylton, Keith. Theory of Penalties and Economics of Criminal Law. *Review of Law and Economics*. Chicago, v. 1, nº 2, p. 175-201, 2005; e Posner, Richard A. An Economic Theory of Criminal Law. *Columbia Law Review*. Nova Iorque, v. 85, nº 6, p. 1193-1231, 1985.

[11] Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.