

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL: UMA ABORDAGEM PARA UMA POSSÍVEL SANÇÃO PENAL ÓTIMA PARA OS DELITOS COMETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS

CRIMINAL LAW AND ECONOMICS: AN APPROACH TO A POSSIBLE OPTIMAL PENALTY FOR THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

Samuel Ebel Braga Ramos¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo apresentar um contorno inicial sobre análise econômica do Direito penal, com a aproximação do direito e da economia. Desse modo – e através de um olhar a partir das teorias econômicas – propõe uma abordagem sobre uma possível sanção penal para os delitos cometidos pelas pessoas jurídicas, minimizando o custo marginal da aplicação da penalidade, elevando a eficácia da pena e sua capacidade de dissuasão, em combate a latente criminalidade corporativa.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito penal; Sanção Penal; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

ABSTRACT

The present article aims to put an initial view on economic analysis of criminal law, with the approach of Law and eEconomics. Through the economic theories, – and through a deep look from the economic theories – propose an approach on a possible optimal penal sanction for crimes committed by legal entities, minimizing the marginal cost of applying the penalty, increasing the effectiveness of the penalty against corporate crimes.

Keywords: Criminal Law and Economics; Penalties; Corporate Criminal Liability.

¹ Mestrando em Direito pelo PPGD/UNINTER. Pós-Graduado em Direito Tributário. Pesquisador do Núcleo Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: samuel@ebelbattu.adv.br

INTRODUÇÃO

Os juristas e economistas partilham de um senso comum: a lei é um mecanismo para orientação do comportamento social e os incentivos e recompensas (*pay-offs*, em uma linguagem da teoria econômica) são centro da análise primária em qualquer caso a ser analisado.

A abordagem econômica do crime baseia-se no pressuposto de que os criminosos, as vítimas e os responsáveis pela lei são racionais e tomam decisões racionais. A decisão de se envolver na prática de um crime é vista como não diferente em termos de escolha de um emprego lícito. Um indivíduo participa de atividades criminosas porque oferece um fluxo de benefícios maior que o uso legítimo de seu tempo e esforço.

Se pensarmos que criminosos podem ser dissuadidos pelas penas e consequências jurídicas previstas pela lei, a sociedade – através de seus legisladores – deve decidir o tipo e o tamanho das penalidades pelos crimes. Tais questões serão determinadas pela medida em que diferentes tipos de consequência jurídica pela prática de crime (multas, prisões, serviços comunitários, medidas de segurança etc.) dissuadir o crime, em comparação com os respectivos custos de cada sanção.

Partindo dessa premissa, os custos da aplicação de consequências jurídicas pela prática de delitos é o ponto aqui apresentado da aproximação entre Direito penal e Economia. Dessa forma, como pensar em uma resposta penal ótima para as pessoas jurídicas, equilibrando seus custos com a eficiência de sua aplicação?

Para a resposta do problema apresentado, o artigo utiliza do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica. O tema tem seu recorte nos tópicos que apresentam um olhar inicial sobre a Análise Econômica do Direito, da aproximação entre o Direito penal e a Economia para, ao final, pensar na possibilidade das medidas de segurança se apresentarem como uma sanção penal para os delitos praticados pelas pessoas jurídicas.

O objetivo aqui buscado é, portanto, apresentar fundamentos da teoria econômica para se pensar em uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas, constituindo bases para o equilíbrio dos custos da aplicação da consequência jurídica pela prática do delito e a dissuasão do agente criminoso na prática do ilícito penal.

1 APONTAMENTOS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A interação² entre Direito e Economia pode parecer uma interdisciplinaridade estranha aos juristas. Enquanto o Direito se ocupa com a busca da efetiva justiça, a Economia tem seu foco na matemática e nas bases empíricas. Entretanto, mostrou-se prudente a aglutinação destes campos de estudo diante a análise das interações humanas e a busca do aperfeiçoamento do direito, com a aplicação de suas normas e suas devidas consequências. É que aqui assume-se a expressão “Direito e Economia” como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*³.

Na visão de Talia Fischer⁴, Economia é a ciência social que analisa a escolha e o comportamento racional dos indivíduos na produção e consumo de bens econômicos, ou seja, bens que são escassos. A suposição subjacente da análise econômica é que, em condições de escassez, os agentes – *sejam eles indivíduos, empresas, o Estado* – atuem como maximizadores racionais e voltados para o futuro de seus utilitários.

Fischer assenta que a análise econômica baseia-se na afirmação de que os agentes estão bem conscientes de suas preferências e operam de forma racional para promovê-los. A partir dessa suposição de maximização racional deriva princípios econômicos centrais – estes incluem a proposição de que os indivíduos não agirão, a menos que o benefício esperado da ação supera seu custo esperado.

² Neste sentido: “Disso decorre que a Ciência Econômica, responsável pelo estudo da relação entre a escassez dos recursos versus as necessidades humanas ilimitadas, entrelaça-se com a Ciência Jurídica, cujo escopo é o enquadramento das mencionadas relações nas normas jurídicas. Não houvesse escassez ou a necessidade de repartir os bens entre os homens, não existiriam sistemas econômicos, tampouco a própria Economia – que é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes para satisfazer a necessidade humana” (GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016, p. 79).

³ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, “*Economic Analysis of Law*”. Da mesma forma, em Portugal adotou-se “Análise Económica do Direito”. Na França, utiliza-se também a expressão “Economia do Direito” (*Economie du Droit*). Ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita; EVG, 2017, p. 17.

⁴ FISCHER, Talia. Economic analysis of criminal law. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Handbook of criminal law**. Oxford: Oxford University, 2014, p. 38.

Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia⁵ como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”. Para Nicholas Mercuro e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”⁶.

A Economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis. Essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso. Mais ainda, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. *As leis não são apenas argumentos técnicos; elas são o instrumento para se atingir objetivos sociais importantes*⁷.

A *Análise Econômica do Direito*, segundo Javier Jiménez⁸, constitui uma das modalidades de exame substantivo e substancial do fenômeno jurídico. Dito exame, segundo o autor, concentra-se na construção, concepção, conceituação e qualificação, crítica e renovação das instituições jurídicas e dos atos da vida, a partir de um método jurídico; não se pode negar a correlação entre as instituições e métodos jurídicos e as instituições sociais, em particular, as de natureza econômica.

Pierluigi Chiassoni⁹ apresenta três fases da Análise Econômica do Direito¹⁰: As origens nos anos 60, com trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Armen Archer; a

⁵ Bruno Salama, na obra aqui citada, aduz que “A disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do temário da disciplina de Direito e Economia. Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite”.

⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit., p. 15

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010, p. 26.

⁸ IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011, p. 23.

⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra, 2013, p. 48-49.

¹⁰ Conforme Cento Veljanovski: “The economics of law can be defined rather crudely as the application of economic theory, mostly price theory, and statistical methods to examine the formation, structure, processes and impact of the law and legal institutions. No consensus has yet emerged, nor do economists possess a unified theory of law”. In: VELJANOVSKI, Cento. **The Economics of Law...** Op. cit.

fase de expansão, nos anos 70, na obra de Richard Posner e investigações subsequentes de Calabresi; a fase de consolidação nos anos 80, na denominada *Escola de Chicago*.

Ivo Gico Jr.¹¹ apresenta um conceito para a *Análise Econômica do Direito*. Trata-se do 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, aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Um ramo da *Economics of Law*, conforme Cento Veljanovski¹², diz respeito a leis que regulam a atividade econômica. Esse ramo examina as leis que afetam mercados, indústrias e empresas e variáveis econômicas, tais como preços, investimentos, lucros, distribuição de renda e alocação de recursos em geral. Além disso, inclui legislação em matéria de concorrência (antitruste), indústria ou regulamentação de serviços públicos (regulamentação das empresas de serviços públicos privatizados e estatais), empresas, valores mobiliários, impostos, comércio, investidores e leis de defesa do consumidor.

Assim, assumindo que o Direito visa regulamentar o comportamento humano e que a Economia se apresenta como a ciência que se encarrega de analisar estes comportamentos e suas consequências na conjuntura onde os recursos são escassos, a Análise Econômica do Direito surge com o objetivo de prover aos juristas escolhas racionais, visando a máxima eficiência e vindo à tona a aplicação dessas análises no Direito penal.

¹¹ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010, p. 8. E continua o autor: “A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas”. Op. cit., p. 18.

¹² VELJANOVSKI, Cento. Op. cit., p. 25. Segundo o Autor: “*The application of economics to the law is not confined to those areas of law that directly affect markets or economic activity. It goes well beyond these to examine fundamental legal institutions. The more innovative extension of economics is the so-called economics of law or law-and-economics, which takes as its subject matter the entire legal and regulatory systems irrespective of whether or not the law controls economic relationships. It looks in detail at the effects and the structure of the legal doctrines and remedies that make up existing laws. This branch of the economic approach to the law is often seen as synonymous with the analysis of the common law – judge-made law on contract, property and tort (the area of the common law that deals with unintentional harms such as accidents and nuisance) – and family and criminal laws, and many other areas such as legal procedure.*”

2 UMA ECONOMIA DO CRIME

As relações entre Direito e Economia, muito embora tenham se firmado no campo dos contratos, atualmente tem se voltado para outros planos jurídicos – *no caso, o Direito penal* –, descortinando novas abordagens e formas de pensamento sobretudo para entender o comportamento criminoso e seu custo. Mais a frente, pode-se pensar em penas com alto grau de eficácia e eficiência sob o viés econômico, equilibrando os custos com a justa punição estatal pelo cometimento de delitos.

A *Análise Econômica do Direito* proporcionou uma nova perspectiva no enfrentamento de fatores sociais através do prisma da Economia, na latente união com a ótica jurídica. Com isto, a *Análise Econômica do Direito penal (Economia do Crime, Análise Econômica do Crime, Criminal Law and Economics – assumindo terminologias diversas)* apresentou novas leituras dos fenômenos sociais criminais a partir de fundamentos da Economia.

O Direito penal se conceitua como um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis e que ameaça com reações repressivas como penas ou as medidas de segurança¹³.

Nesse sentido, através dos crimes econômicos, o Direito penal pode proteger, com dimensão variável em cada ordenamento jurídico, segmentos específicos dessas estratégias (política econômica *stricto sensu*, política monetária, política fiscal, política financeira e política cambial). Sob esta ótica, pudemos certificar que o Direito penal econômico possui um objeto de ilícito com características muito especiais (bem jurídico supraindividual, polissêmico, promocional, mutável e instrumental)¹⁴.

Na concepção de Steven Shavell, a Economia trata o Direito penal como uma das formas de controle das atividades que se apresentam como nocivas e contrárias às normas. O Direito penal concorre com outros campos do direito, tais como o administrativo e o tributário, como forma de cooperação na prevenção de atividades que imponham custos sociais que excedam os seus benefícios sociais¹⁵.

Dada a estrutura dos custos e benefícios, *o Direito penal é usado se permitir que a sociedade se aproxime de um nível socialmente equilibrado de atividade prejudicial. O domínio adequado para o uso do Direito penal é assim determinado de forma pragmática*

¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 01.

¹⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 121.

¹⁵ SHAVELL, Steven. The Optimal Structure of Law Enforcement. **Journal of Law and Economics**, v. 6, n. 1, Part 2 (Apr., 1993), p. 255-287.

pelos custos e benefícios do uso de ferramentas de Direito penal em relação ao uso de instrumentos não criminais¹⁶.

Uma parte da literatura oriunda da *Law and Economics* levanta o questionamento se os comportamentos potencialmente criminosos se afligem diante o Direito penal. Surge a pergunta: *os criminosos em potencial mudam seu comportamento em resposta às diferentes propostas de uma política criminal*¹⁷?

Na busca pelo equilíbrio econômico, Vilfredo Pareto¹⁸ apresentou o que ficou conhecido como o Ótimo de Pareto (também chamado de *Pareto Eficiente* ou *Melhoria de Pareto*). Em suma, o Ótimo de Pareto é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros. Em um mundo onde os recursos são escassos e limitados, para alguém ganhar, outra pessoa não precisa perder. O ponto ótimo é o exato momento desse equilíbrio¹⁹.

O Ótimo de Pareto e o Direito se encontram quando se assume que os agentes econômicos ao agirem de forma racional adotam um ponto ótimo quando tem essa possibilidade, ou seja, se uma mudança de condição beneficia uma pessoa sem prejudicar ninguém, tal alteração deve ser realizada. Dessa forma, emerge a possibilidade do Direito penal buscar formas de sanções penais ótimas, com gastos mínimos aos Estado e alto grau de eficiência.

Assim, buscou-se a escolha ótima entre a execução pública e privada. A caracterização econômica da escolha entre confiar em processos essencialmente privados, tais como responsabilidades extracontratuais e contratuais, ou em processos públicos, como as responsabilidades e processos criminais – podendo ser incluído o direito administrativo – não restou plenamente satisfatório.

¹⁶ BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. **Journal of Law and Society**, v. 35, n. 3, p. 389-416, Sep. 2008, p. 11.

¹⁷ Esse é o objetivo da literatura sobre a melhor aplicação da lei. A partir de Gary Becker (1968), centrou-se no equilíbrio entre a probabilidade e a gravidade da punição como meio de conseguir uma aplicação da lei eficiente. A principal contribuição desta literatura é fornecer uma teoria do comportamento criminal e como os criminosos reagem aos incentivos. Mais em: BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, n. 76, 1968. p. 169-217. Novas pesquisas atualizadas recentes incluem N. Garoupa, “The Theory of Optimal Law Enforcement” (1997) 11 *Journal of Economic Surveys*, 267-296; Polinsky e S. Shavell, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law” (2000) 38 *Journal of Economic Literature*, 45-76; e A.M. Polinsky e S. Shavell, “Aplicação Pública de Direito, incluindo Direito penal”, *Manual de Direito e Economia* (Amsterdã: Elsevier, 2007). Quanto ao apoio empírico para a hipótese de dissuasão, ver em S. Levitt e T. Miles, “Estudo empírico de punição criminal”, *Manual de Direito e Economia* (Amsterdã: Elsevier, 2007).

¹⁸ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

¹⁹ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40

Provavelmente, a mais abrangente e ambiciosa teoria econômica existente de “*por que o Direito penal?*” é proposta por Richard Posner²⁰. Ele argumenta que a diferença fundamental entre danos e crimes (*torts and crimes*) é que ambos punem o comportamento que ultrapassa os mercados existentes, entretanto, enquanto os crimes são puramente transferências coercitivas, danos são acidentes de atividades produtivas.

Essencialmente, as explicações econômicas para o “*why criminal law?*” apontam que os atos contrários às leis serão caracterizados como crimes se o indivíduo tentar estabelecer condições sob as quais uma transferência de direitos ocorrerá se essas condições não estão em conformidade com as que a sociedade estipulou. A sociedade se recusa a aceitar os esforços do indivíduo para redefinir os termos de transferência²¹ – no Direito penal, aproxima-se esta ideia à reprovabilidade da conduta.

Tem-se que a *Análise Econômica do Crime* foi primordialmente abordada por Gary Becker, em seu ensaio “*Crime and punishment: an economic approach*”, no qual o autor associou a prática de crimes com fundamentos da Economia. Em seu escrito, Becker parte da premissa de que há uma escolha racional efetuada pelos indivíduos, partindo do pressuposto de que os agentes criminosos em suas ações estão munidos de grande racionalidade, a qual se baseia na aferição do equilíbrio entre os custos e benefícios da atividade criminosa.

Becker ainda indaga o que define a quantidade e a espécie dos recursos e sanções de que o Estado se vale para colocar em prática a legislação penal, assim como reflete acerca da razão pela qual existem diferenças tão acentuadas na forma como cada lei é executada. Considerados esses questionamentos, bem como influxos econômicos e jurídicos, o autor avalia a quantidade de recursos e a extensão da punição necessárias à eficiência das diversas leis penais. A partir disso, também pretende aferir quantas e quais ofensas devem ser punidas e quantos infratores devem ficar impunes. Dessa forma, o autor conclui que a eficiência da legislação criminal vincula-se ao custo de detecção das atividades criminosas e de condenação dos infratores, bem como da resposta dos criminosos ao avanço da lei e da natureza das sanções²².

De fato, Becker busca demonstrar que os indivíduos, ao agirem racionalmente e perpetrarem um ilícito penal, equacionam os custos e benefícios decorrentes da atividade ilegal. Assume-se, assim, de acordo com a *Análise Econômica do Crime*, que um sujeito

²⁰ POSNER, Richard. An economic theory of criminal law. **Columbia Law Review**, n. 85, 1985, p. 1193-1231.

²¹ KLEBORICK, Alvin K. Legal theory and the economic analysis of torts and crimes. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 5, June 1985, p. 907.

²² GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Op. cit., p. 90.

cometerá um delito se a utilidade esperada exceder a utilidade que se poderia obter mediante o dispêndio de tempo e outros recursos em outras atividades²³.

A incursão de um sujeito na atividade criminosa, assim, não decorre de divergências entre as suas motivações e as dos demais, mas do fato de que os custos e benefícios de suas atividades – delitivas ou não – diferem. A assertiva se resume na afirmação de Becker, que *aquele que decide sempre deseja aumentar o que foi conseguido para um plano mais elevado, denominado benefício marginal, que, por sua vez, leva ao incremento do obstáculo (denominado custo marginal)*²⁴.

Em uma análise comportamental, o agente criminoso promove o equilíbrio dos benefícios esperados com os ganhos derivados da sua atividade criminosa – seja tangível (crimes patrimoniais) ou intangível (a dor e o sofrimento da vítima, em alusão aos crimes contra a pessoa).

Os custos do ato criminal incluem os recursos gastos para cometer o crime (por exemplo, ferramentas de roubo, confecção de documentos falsos), os custos de se evitar a captura (destruição de evidências, pequenas corrupções), os custos de oportunidade e, o mais importante, *os custos esperados da punição criminal*.

A *Análise Econômica do Direito penal* refere-se à aplicação do raciocínio econômico às regras e instituições criminais. De acordo com os contornos gerais da análise econômica e com o princípio da maximização racional, *a abordagem econômica do Direito penal pressupõe que os criminosos são agentes racionais que procuram maximizar seus serviços públicos no contexto criminal*. Eles comparam os custos esperados da atividade criminal com seus benefícios esperados e se envolvem na atividade criminosa quando este supera o primeiro²⁵.

Assim, os crimes econômicos e principalmente os oriundos de pessoas jurídicas, podem ser analisados através de uma ótica econômica, assumindo posicionamento acerca destes delitos no Brasil.

3 A PESSOA JURÍDICA E SUA RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma discussão que adquiriu grandes contornos e relevância no Brasil, pelo viés das políticas criminais para prevenir e reprimir o injusto praticado pela empresa, bem como sob o viés da dogmática penal.

²³ Ibid., p. 87.

²⁴ 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. 20.

²⁵ FISCHER, Talia. Op. cit., p. 39.

Dessa forma, tem-se que o aumento da criminalidade empresarial – *com envolvimento direto da pessoa jurídica* – levantou a discussão sobre uma regulação da criminalidade oriunda das pessoas jurídicas e enfrentamento da problemática dos delitos cometidos por entes empresariais, os quais tem desempenhado fundamental papel na prática de crime.

De forma a iniciar o estudo, apresenta-se a criminalidade envolvendo a empresa em três grandes espécies: a criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, a criminalidade que se desenvolve dentro da empresa contra a própria empresa e a criminalidade que se projeta a partir da empresa²⁶.

Entender a natureza da pessoa jurídica sempre foi a problemática inicial de toda discussão que envolve o tema. Pode-se delimitar em duas vertentes²⁷: na primeira, construção de Friedrich Carl von Savigny, este considerou que as pessoas jurídicas são ficções legais oriundas de criações da lei, ou seja, *meras ficções*; a segunda, proposta por Otto Gierke, entende que as pessoas jurídicas são organismos sociais assemelhados às pessoas naturais, *inclusive com vontade própria*.

Em uma análise inicial, a grande barreira para a discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil está diretamente associada à dogmática penal desenvolvida pela escola finalista²⁸ do Direito penal: *capacidade de ação e culpabilidade*.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XLI, fasc. 1, p. 529-558, enero/abr. 1988, p. 529-531.

²⁷ Na atualidade, destaca-se e predomina a teoria segundo a qual a pessoa jurídica não se trata de uma mera ficção (como nas linhas escritas por Savigny), o certo é que também se aceita amplamente que a realidade da pessoa jurídica é inteiramente diversa da realidade da pessoa física. Trazendo como exemplo o direito civil, Washington de Barros Monteiro, “a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1). A pessoa jurídica, no dizer de Miguel Reale, “não é algo de físico e de tangível como é o homem, pessoa natural” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991).

²⁸ A Escola Finalista, desenvolvida fundamentalmente por Hans Welzel, pode ser considerada a principal escola de Direito penal no século XX. Para tal escola, que encontra grande aceitação até os dias de hoje, trata-se de perceber que a regulação jurídica da vida em sociedade está determinada por categorias a priori, isto é, que determinadas estruturas humanas são necessariamente a forma pela qual uma conduta poderá ser juridicamente avaliada e regulada. Assim, exemplarmente, Hans Welzel vai afirmar que o conceito jurídico-penal de Ação não pode prescindir do fato de que todo agir humano é um agir orientado finalisticamente, ou seja, um comportamento dotado de sentido e de uma orientação final. Quando se transpõe esta premissa para a análise da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, torna-se necessário, segundo os finalistas, “perceber que os modos de organização e o processo de atividades reais das pessoas jurídicas constituem para a regulação jurídica dados previamente estabelecidos [...], no sentido de que os elementos estruturais de tal realidade previamente dada traçam, por si só, limites à possibilidade de sua valoração e, portanto, ao estabelecimento de possíveis consequências jurídicas” (MARTÍN, Luis Garcia. La cuestión

A ação, é entendida – ontologicamente – como a alteração do mundo exterior, condicionada pela vontade de um ser consciente e direcionada a um determinado fim²⁹. A *culpa*, em seu turno, através de bases psicológicas, delimita-se como uma objeção levantada a uma pessoa que voluntariamente decidiu-se por um comportamento ilícito, apesar de ter o dever de se comportar conforme o Direito³⁰.

Nesta linha de raciocínio e em termos de teoria geral do crime, as vozes contrárias à responsabilização penal dos entes morais³¹ levantam a bandeira do princípio *societas delinquere non potest*³², o qual dispõe que a pessoa jurídica não detém a capacidade de delinquir e cometer injustos penais. Nesse sentido, de acordo com Juarez Cirino:

a pessoa jurídica não tem capacidade penal (ou capacidade de culpabilidade), porque os requisitos de maturidade e sanidade mental que fundamentam a capacidade penal de seres humanos são inaplicáveis à entidade incorpórea da pessoa jurídica³³

Os pesquisadores favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam que a necessidade de castigar os delitos socioeconômicos e financeiros (delinquência de colarinho branco) e a urgência de buscar novas vias de luta contra a criminalidade organizada³⁴, bem como a (clara) perversão de proteger o capital mediante a impunidade do ente coletivo, é assegurada por um discurso jurídico com um correlato e imenso custo social³⁵.

de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: _____. **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. Barcelona: J. Bosch, 1996, p. 38).

²⁹ WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. 11. Berlim: Walter de Gruyter, 1969, p. 33.

³⁰ MARTIN, Luis Garcia. Op. cit., p. 66.

³¹ Na França, a pessoa jurídica é denominada como “*Les personnes morales*”, conforme Art. 121-2 do Código Penal Francês. O Código Penal Suíço também denomina a empresa como “*Le personnes morales*”, conforme Art. 102, a-b.

³² Com efeito, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é negada em três grandes argumentos: as sociedades não possuem capacidade de ação; tampouco capacidade de culpabilidade; e, igualmente, carecem de capacidade de sofrer penas. Daí que os sistemas clássicos castigavam como autores de delitos as pessoas físicas (CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 132, n. 25. p. 39-60, São Paulo: RT, jun. 2017).

³³ Em *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 287.

³⁴ CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 43.

³⁵ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 01.

Sobre a superação do aludido princípio, Francisco Muños Conde³⁶ define que:

O princípio do *societas delinquere non potest* só tem razão de ser em uma sociedade na qual realmente as pessoas jurídicas não tinham a importância que tem hoje em dia. Que uma pessoa jurídica, sobretudo na forma de sociedade anônima, com um capital social e uma atividade econômica de bilhões de reais ou dólares, possa ficar isenta de pena, é algo que hoje em dia, produziria hilaridade, ou melhor, a irritação de qualquer cidadão comum.

Bernd Schünemann, um dos autores que defendem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, aponta que insistir em uma estrutura individual de imputação para tratar da responsabilidade por infrações realizadas no âmbito de pessoas jurídicas nos levaria a um estado de “irresponsabilidade organizada” (*organisierte Unverantwortlichkeit*)³⁷.

Um novo referencial que milita favorável para a imputação das pessoas jurídicas na contemporaneidade se amolda a partir da *filosofia da linguagem*. Deste modo, com a teoria da comunicação (produto da filosofia da linguagem) são obtidas novas ferramentas para compor uma teoria base mais adequada aos avanços que a esfera econômica projeta sobre o Direito penal. O *sistema significativo* corresponde a esta teoria³⁸.

No modelo significativo, é adotada uma concepção significativa de ação, por meio da qual se modificam as bases demarcadoras dos elementos da teoria do delito (tradicionalmente organizados em conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sistematizando-se o delito em: 1) *Pretensão de relevância* (tipo de ação); 2) *Pretensão da ilicitude*; 3) *Pretensão da reprovabilidade* (culpabilidade); e 4) *Pretensão da punibilidade*³⁹.

Com o modelo significativo, a atenção deixa ser sobre o aspecto subjetivo residente na mente do homem para se projetar especificamente sobre a dimensão social da atuação humana. Os fundamentos da concepção significativa da ação estão na “*ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado*”⁴⁰.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. A delinquência econômica e o provérbio *societas delinquere non potest*. Tradução de Rodrigo Sánchez Rios. **Jornal do Estado do Paraná**, abr. 1993. Caderno Direito e Justiça, p. 26.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplante Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht**. Munique: C. Heymanns, 1979, p. 30 e seguintes.

³⁸ BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma proposta de discussão sobre a capacidade de rendimento da concepção significativa da ação no Direito penal empresarial. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n.16, jan./jun. 2017, p. 222.

³⁹ *Ibid.*, p. 222. Para aprofundar a temática, ver: VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁰ BUSATO, Paulo César; DAVID, Décio Franco. *Op. cit.* p. 223.

Neste fluxo analítico, através da concepção significativa de ação, – *compreendendo ação como expressão de sentido* – surge a possibilidade para um novo pensar sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em superação à clássica baliza do *societas delinquere non potest*, adotado às claras no Brasil atualmente.

Adiante, a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica avança em embates constitucionais no Brasil. Nesta seara, a argumentação pauta-se em: a) se as assertivas dos arts. 173, §5º, e 225, § 3º, da CF seriam compatíveis com os demais princípios constitucionais, e b) se, as preposições da Lei de Crimes Ambientais seriam maculadas de inconstitucionalidade e, portanto, deveriam ser tidas como inválidas.

Não se nega que o Direito é mutável e necessita de novas formas de interpretação, adequando-se à realidade no cenário atual. Se a criminalidade oriunda das pessoas jurídicas é fato a ser enfrentado, devendo haver a devida resposta ao injusto penal, deve-se assumir o enfrentamento ao surgimento de novos riscos e sua devida consequência jurídica.

Jesús-María Silva Sánchez⁴¹ aborda algumas razões que motivaram uma possível expansão do Direito penal. Uma delas é o aparecimento de novos bens jurídicos especialmente importantes, causado pelo surgimento de novos interesses ou de novas valorações acerca de interesses preexistentes da expansão do Direito penal: a criação de novos bens jurídicos motiva o surgimento de novos riscos.

Com isto, se em um primeiro momento, quando da Lei de Crimes Ambientais, o legislador brasileiro parecia pouco à vontade com a ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em um segundo instante, no momento da elaboração do novo projeto do novo Código Penal – art. 41⁴² –, parece estar mais habituado com a possibilidade de se condenar penalmente um ente moral⁴³.

No campo do Direito penal pátrio, temos, de um lado, um sistema fundamentalmente baseado na imputação individual, que carece de clareza relativas à individualização de responsabilidades no âmbito da empresa. De outro vértice, a introdução em nosso ordenamento do instituto da responsabilidade penal de pessoas jurídicas também vem tendo aplicação insatisfatória e sofre grande resistência na doutrina nacional.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

⁴² A redação do referido artigo se apresenta desta forma: “[...] as pessoas jurídicas de Direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente”.

⁴³ REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: iEA Academia, 2014, p. 61.

O modelo de responsabilidade penal brasileiro tem suas bases em um sistema de culpa própria e de imputação individualizada disposto na Parte Geral do Código Penal. Assim, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica responderá criminalmente apenas em razão de sua ação ou omissão (quando a omissão for imputável) em condutas ilícitas e na medida da sua culpabilidade. Isto é, como regra central, imputa-se responsabilidade àquele que com sua ação ou omissão deu causa ao resultado, na medida de sua culpabilidade (CP, arts. 13 e 29).

No âmbito do processo penal esta regra se desdobra na necessidade de que as condutas sejam pormenorizadas no momento da formulação da peça acusatória (CPP, art. 41) e que a condenação seja expressão da verificação da culpa individual do acusado, recebendo este também uma pena determinada a partir de circunstâncias judiciais individualizadoras (CP, art. 59).

Assim, pensar em uma consequência jurídica pela prática do delito praticado pela pessoa jurídica se mostra importante para a construção de medidas eficazes para a dissuasão do crime, em conjunto com a maximização de sua finalidade e redução de seus custos. Com isto, a aproximação entre Direito penal e Economia apresenta-se como fundamental para o desenvolvimento eficiente de uma possível consequência jurídica pela prática de delitos cometidos pela pessoa jurídica.

4 FUNDAMENTOS DA TEORIA ECONÔMICA PARA UMA SANÇÃO PENAL ÓTIMA

A teoria econômica das penalidades criminais foi estabelecida principalmente em Gary Becker (1968) e Richard Posner (1985)⁴⁴. Estes estudos promoveram o referencial teórico para todas pesquisas posteriores. No presente artigo, não se pretende apresentar uma nova teoria econômica, mas sim demonstrar que pode-se buscar na teoria econômica parâmetros para uma sanção penal ótima.

Gary Becker desenvolve o uso de penalidades criminais para internalizar o dano social da conduta criminal. Richard Posner, em contraste, argumenta que as penalidades criminais devem ser definidas para deter completamente o crime, eliminando a perspectiva de ganho por parte do agressor⁴⁵.

⁴⁴ O artigo de Becker fornece o quadro central para a análise moderna de penalidades. O artigo de Posner introduz os custos de transação como fator na análise de penalidades. Muito antes da literatura moderna, temos Beccaria (1764) e Bentham (1781).

⁴⁵ HYLTON, Keith N. The theory of penalties and the economics of criminal law. **Review of Law & Economics**, Boston, v. 1, n. 02, Jan. 2005, p. 177.

Robert Cooter e Thomas Ulen trazem às claras que a economia proporcionou uma teoria científica para prever as sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos deixando de consumir tal produto; assim, elas reagem a sanções penais mais duras praticando menos da atividade outrora positivada⁴⁶. Assim, se os preços afetam o comportamento do indivíduo, logo, na visão econômica, a pena⁴⁷ afetará o comportamento de um indivíduo ante a provável e firme penalidade.

Os economistas e juristas da corrente analítica do *law and economics*⁴⁸ estão interessados em achar uma “*combinação ótima*” de punições que minimize o custo do crime e de sua punição: eles tendem a escolher o uso mais amplo das multas, em parte porque elas são mais baratas que outras formas de punição, e alguns autores recomendam que as multas levam em conta as posses do infrator⁴⁹ – *o que se amolda, em uma análise primária, com uma possível sanção penal em face dos crimes cometidos pelas pessoas jurídicas*.

A conclusão dos economistas é latente: o criminoso se engajará no crime se o ganho esperado superar a punição correspondente. Gary Becker⁵⁰ levanta o argumento que as multas não impõem nenhum custo social, de forma que para minimizar o custo combinado do crime, da investigação criminal e da punição, dever-se-ia aumentar o valor da multa e, ao mesmo tempo, reduzir os montantes destinados à investigação criminal.

No âmbito empresarial, por exemplo, o criminoso possui alto grau de racionalidade e calcula a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado. O custo

⁴⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 25.

⁴⁷ A pena, para Kant, detém uma função retributiva com caráter marcadamente ético. Kant qualificava a pena como um imperativo categórico, cuja incidência é a pena justa, tanto desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado. Para Hegel, a pena tem um papel restaurador ou retributivo, assim, segundo seja o *quantum* ou a intensidade da negação do direito também será o *quantum* ou intensidade da pena; representa o restabelecimento da ordem jurídica perturbada (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216-217).

⁴⁸ “*The task of law and economics is to determine the implications of such rational maximizing behavior in and out of markets, and its legal implications for markets and other institutions. Although some of Becker’s particular applications of the economic approach might be thought of as contentious, that general approach underlies a wide range of work in the economic analysis of law*” (SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998, p. 1476.

⁴⁹ PYLE, David J. **Cortando os custos do crime**: a economia do crime e da justiça criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000, p. 37.

⁵⁰ BECKER, Gary S. Op. cit, p. 76.

marginal⁵¹ muitas vezes é internalizado pela empresa, exercendo suas funções de maneira a incorporar o possível custo da pena a ser aplicada.

De outro turno, uma pena para os crimes patrimoniais e as pessoas jurídicas – *em um olhar econômico* – também deve levar em consideração seu caráter inibidor. Deve uma punição estar relacionada ao prejuízo causado pelo cometimento do crime e pelo prejuízo causado.

Nesse sentido, Jesus-Maria Silva Sánchez também percebeu que seria necessário tornar os custos da penalização inferiores aos custos da tolerância do delito. Segundo ele, os custos do delito para o delinquente não são dados diretamente pela gravidade da pena. Se assim fosse, o único elemento de controle das taxas do delito seria o aumento ou diminuição dessa gravidade⁵².

Os economistas sugerem que uma sanção penal deve ser, além do seu caráter inibidor, eficiente. Não se nega que os crimes praticados pela pessoa jurídica possuem contornos de um crime racional, ou seja, o *decisor racional*⁵³ leva a probabilidade da pena em consideração enquanto completa o ato criminoso⁵⁴.

Busca-se, então, uma forma de sanção penal que se apresente como eficiente na reprimenda penal, em atenção ao custo/benefício nela empregados.

5 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA COMO POSSÍVEL SANÇÃO PENAL ÓTIMA PARA DELITOS COMETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS

A *Análise Econômica do Direito penal*, nos delitos praticados por pessoas jurídicas, sugere a pena de multa e as medidas de segurança como possíveis consequências jurídicas pelo cometimento do crime, com custos baixos na sua aplicação. Os teóricos da *Criminal*

⁵¹ O criminoso racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro líquido, que é o retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 478), apresentam a seguinte função: $\max y(x) - p(x)f(x)$.

$y(x)$ = retorno esperado com o cometimento do injusto penal

$p(x)f(x)$ = pena esperada

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39.

⁵³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 476.

⁵⁴ Sob o vies econômico, pode-se pensar na associação entre crimes e danos: “*Since almost all crimes are also torts, there is really no such thing as a boundary between tort law and criminal law. The correct description of the separation between doctrines is that the categories of socially undesirable and market-bypassing conduct describe areas in which tort and criminal law co-exist, while the category of potentially socially desirable conduct is one to which tort law alone applies*” (HYLTON, Keith N. Op. cit., p. 184).

Law and Economics fundamentam suas propostas com base na questão da efetividade do uso do aparato de responsabilização penal e na eficiência da sanção penal.

Os doutrinadores da *Criminal Law and Economics* que estudam o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica preocupam-se em examinar em que medida sua aplicação satisfaz os pressupostos indicados para a responsabilização pela via penal.⁵⁵ Uma vez presentes tais pressupostos, a ordem seguinte de questionamentos dá-se em torno de avaliar se o nível de punição imposto pela sanção é adequado ou não a padrões ótimos.

Deve-se, também, pensar nas consequências de penalidades em desconformidade com a realidade do infrator. O resultado provável da punição excessiva é a diminuição na quantidade de produtos e serviços oferecidos à sociedade, com a conseqüente elevação de preços e incapacidade de atender a uma parcela da demanda existente. Dessa forma, as multas podem impor um custo indesejado para a atividade econômica da pessoa jurídica, à margem da possibilidade de uma sanção penal eficaz na dissuasão da atividade criminosa.

Neste passo, as *medidas de segurança*⁵⁶ se amoldam como sanção penal possível para as pessoas jurídicas. Sob o viés econômico, as medidas de segurança não possuem custos elevados, ou seja, não dependem de dotação orçamentária ou custos marginais, como a construção de presídios e ônus com guarda de presos.

As medidas de segurança têm sido utilizadas em vários ordenamentos jurídicos⁵⁷ como forma de sanção penal para as pessoas jurídicas. As medidas com maior frequência

⁵⁵ Em linhas gerais, a justificação para que uma conduta deva ser reputada como ilícito penal pela *Law and Economics* constrói-se sobre os seguintes pressupostos, que devem estar presentes de modo cumulativo na maior parte dos casos: (i) a conduta praticada é acompanhada de intenção de produzir benefícios para o agente, obtidos mediante a imposição de danos à sociedade. O elemento intencional associado ao aspecto da imposição de danos apenas à sociedade justifica que a conduta seja proibida; (ii) o dano concreto ou potencial (caso dos crimes de perigo) resultante da conduta não é passível de reparação seja pela incomensurabilidade da natureza do dano (como o crime contra a vida), seja pela dificuldade de identificar o conjunto de vítimas afetadas pela conduta e, portanto titulares do direito de reparação; (iii) a probabilidade de identificação e/ou captura do agente é maior que zero; (iv) a probabilidade de que as vítimas não ajuizarão uma ação judicial contra o agente é maior que zero seja pela dificuldade de se organizarem, como também pela dificuldade de reunirem provas contra o agente. É importante notar que no sistema jurídico dos EUA, tanto as sanções penais quanto as civis podem assumir a função punitiva. Esta caracteriza a figura dos *punitive damages* impostas por via das ações judiciais de natureza civil. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil punitiva, desenvolvida pela jurisprudência, limita-se à responsabilidade por danos morais, sendo possível afirmar-se ainda hoje que a punição é função desempenhada primordialmente pela sanção penal (ULEN, Thomas S. The economics of corporate criminal liability. **Managerial and Decision Economics**, v. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, p. 351-362, 1996, p. 13. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁵⁶ “O fundamento da aplicação de pena é a culpabilidade; a medida de segurança tem natureza eminentemente preventiva e fundamenta-se na periculosidade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 703. v. 1).

⁵⁷ Medidas de segurança para delitos praticados por pessoas jurídicas: *Código Penal Turco*, Art. 60; *República de Montenegro* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 28; *República Sérvia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 23; *República da Croácia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 15.

utilizadas são confisco de ativos, cancelamento de licença de funcionamento, publicidade de sentenças judiciais, impedimento de financiamentos e contratos com a administração pública.

Sendo a sanção penal como a resposta estatal à prática delitiva que visa reprimir aquele que praticou um delito e a prevenir a ocorrência de novas infrações penais, as medidas de segurança se apresentam como eficientes neste quesito, pois impõem a devida resposta estatal com a utilização de menos recursos – pessoal, financeiro, estrutural.

Tendo como pressupostos ou requisitos para a aplicação de medidas de segurança a prática de um fato típico punível e a periculosidade do agente, tem-se que tais medidas se apresentam viáveis como consequência jurídica pela prática de delitos cometidos por pessoas jurídicas.

Ou seja, a finalidade da Medida de Segurança é exclusivamente preventiva⁵⁸, com o fim de impor “tratamento especial” para a pessoa jurídica que cometeu o fato típico penal. Demonstrada a sua periculosidade, a sanção penal emerge no intuito de serem evitadas⁵⁹ novas ações ilícitas praticadas pelas corporações.

Em termos práticos, o confisco de bens de uma pessoa jurídica, a publicidade de uma sentença criminal ou a cassação da licença de funcionamento de uma pessoa jurídica condenada criminalmente não impõem ao Estado custos exagerados na aplicação da sanção penal.

Assim como os indivíduos procuram maximizar seus resultados, sujeitos às restrições que lhes são impostas, o Estado procura maximizar sua utilidade. E à luz dos custos associados à aplicação da lei, a função de utilidade do Estado pode ser formulada de forma a minimizar os custos globais esperados de crime e sua prevenção (ao conseguir uma dissuasão ótima em vez de máxima).

Mais uma vez, vem à tona as *medidas de segurança* como sanção penal ótima para os delitos praticados por pessoas jurídicas. Se o intuito da aproximação entre o Direito penal e a Economia é elevar o resultado da prevenção do crime através da análise do comportamento do agente criminoso, tem-se que estas medidas se mostram possíveis como forma de dissuadir a empresa da prática delituosa, pela certeza da aplicação da sanção.

Assim, as *medidas de segurança* possuem custo baixo para o Estado quando da aplicação de sanção penal para pessoas jurídicas, em convergência com a máxima efetividade dos recursos empregados.

⁵⁸ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit, p. 702 e SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 653.

⁵⁹ “[...] e a medida de segurança, associada à periculosidade e *voltada para o futuro*”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 813.

Com efeito, de acordo com a *Análise Econômica do Direito penal*, o objeto do aparelho de Direito penal não é eliminar completamente o crime – não é para dissuadir completamente pessoas jurídicas de se dedicarem a atividades criminosas –, mas, em vez disso, *alcançar uma solução ótima a nível de crime e dissuasão, bem como aumentar o custo esperado para a prática da atividade ilícita, através da certeza da aplicação da pena.*

Portanto, somente está legitimado o emprego de penas que servem à efetiva preservação da convivência social; que respeitem a dignidade da pessoa humana; que são aplicadas atendendo a critérios de igualdade; que resultam proporcionais à gravidade das agressões; que são estabelecidas atendendo critérios de merecimento, proporcionalidade etc⁶⁰.

Ao estabelecer uma sanção penal em um nível ótimo, de acordo com a gravidade e o potencial financeiro do agente criminoso, por conseguinte, estará se buscando o equilíbrio entre o custo marginal da aplicação da pena e a eficácia na dissuasão da prática criminosa – *premissa da Análise Econômica do Direito penal: maximização dos resultados com redução de custos para o Estado e dissuasão da vontade do agente na incursão na atividade criminosa das pessoas jurídicas.*

CONCLUSÕES

O presente artigo buscou apresentar a aproximação do Direito penal e da Economia, em busca de uma possível sanção penal ótima para os delitos praticados por pessoas jurídicas.

É fato que o Direito penal possui papel de destaque na sociedade moderna, a qual busca a plena efetivação da justiça como forma de promoção da segurança de seus cidadãos, em atenção à visibilidade que as decisões emanadas da jurisdição criminal têm na atualidade. Neste prisma, busca-se levantar a hipótese de como maximizar a efetividade e eficácia da pena, em atenção ao baixo orçamento disposto pelo Estado.

Inicialmente, apresentou-se uma introdução sobre a Análise Econômica do Direito, com o intuito de demonstração da união do Direito e da Economia, como forma de entendimento das interações humanas.

No tópico seguinte, a Economia se mostra como uma ciência útil para os juristas, quando da análise do Direito penal e o estudo das consequências jurídicas aplicadas aos infratores. Nesse tocante, tem-se a obra de Gary Becker como marco teórico, onde se

⁶⁰ Ibid., p. 04.

assume que o agente criminoso é dotado de racionalidade e toma decisões baseado nas informações e no sistema de custos/benefícios.

As medidas de segurança surgem como uma sanção penal ótima, apresentada através das teorias econômicas, discorrendo por autores da *law and economics*, os quais assumem que as sanções penais devem ter o seu custo marginal mensurado quando da aplicação de reprimendas penais.

Assim, a efetividade da medida de segurança emerge quando estas não impõem custos elevados na sua aplicação, sendo possíveis quando dos delitos praticados por pessoas jurídicas.

Em resposta ao problema apresentado, evidencia-se que uma sanção penal ótima se apresenta possível, quando da redução dos custos para o Estado e no aumento da dissuasão do indivíduo na atividade criminosa, através da certeza da punição. A Análise Econômica do Direito penal é a ferramenta propulsora para o estudo, demonstrando-se eficiente na presente investigação.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the economic of crime and punishment**. Chicago: Chicago University, 1974.
- BOWLES, Roger A.; FAURE, Michael G.; GAROUPA, Nuno M. The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications. **Journal of Law and Society**, v. 35, n. 3, p. 389-416, Sept. 2008
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Projeto de Código Penal em debate: imputação da pessoa jurídica no projeto do novo CP. **Boletim IBCCRIM**, n. 269, abr. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5401-Projeto-de-Codigo-Penal-em-Debate-Imputacao-da-pessoa-juridica-no-projeto-do-novo-CP>. Acesso em: 18 dez. 2017.
- _____; DAVID, Décio Franco. A empresa é capaz de ação? Uma Proposta de Discussão sobre a Capacidade de Rendimento da Concepção Significativa da Ação no Direito Penal Empresarial. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 205-232, jan./jun. 2017.
- _____; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Responsabilidade Penal da pessoa jurídica**. Brasília: FGV; PNUD, 2009. (Série Pensando o Direito). Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/18pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. **El análisis económico del derecho**. Lima: Palestra, 2013.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Booksman, 2010.
- CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 132, n. 25, p. 39-60, jun. 2017.
- DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.
- FISCHER, Talia. Economic analysis of criminal law. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Handbook of criminal law**. Oxford: Oxford University, 2014. p. 38-58.
- FREITAS, Gilberto Passos de Freitas. **Crimes contra a natureza**: (De acordo com a Lei 9.605/98). 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Análise Econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 77-98, jul./dez. 2016.

HYLTON, Keith N. The theory of penalties and the economics of criminal law. **Review of Law & Economics**, Boston, v. 1, n. 2, Jan. 2005.

IBAÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. **Análisis económico del Derecho**: método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011.

KLEVORICK, Alvin K. legal theory and the economic analysis of torts and crimes. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 5, p. 905-920, June 1985.

MACAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTIN, Luis Garcia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: _____. **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. Barcelona: J. Bosch, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. A delinquência econômica e o provérbio *societas delinquere non potest*. Tradução: Rodrigo Sánchez Rios. **Jornal do Estado do Paraná**, p. 26, abr. 1993. (Caderno Direito e Justiça).

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

POSNER, Richard. An Economic Theory of Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1193-1231, Oct. 1985.

PYLE, David J. **Cortando os custos do crime**: a economia do crime e da justiça criminal. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: IEA Academia, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel. (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: EVG, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XLI, fasc. 1, p. 529-58, enero/abr. 1988.

_____. **Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht**. Munique: C. Heymanns, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Eficiência e Direito penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38-39.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998.

ULEN, Thomas S. The economics of corporate criminal liability. **Managerial and Decision Economics**, v. 17, n. 4, Special Issue: Corporate Crime, p. 351-362, 1996.

VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969.

