

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS  
Programa de Pós-Graduação em Economia

Marcelo Cabistani da Matta

A SANÇÃO PENAL ENTRE O CRIME E O POTENCIAL CRIMINOSO:  
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA PENA

Porto Alegre

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS  
Programa de Pós-Graduação em Economia

Marcelo Cabistani da Matta

A SANÇÃO PENAL ENTRE O CRIME E O POTENCIAL CRIMINOSO:  
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA PENA

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Economia, ênfase em Economia do Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Julio César de Oliveira

Porto Alegre

2008

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
Responsável: Biblioteca Gládis W. do Amaral, Faculdade de Ciências Econômicas da  
UFRGS

M435s      Matta, Marcelo Cabistani da  
              A sanção penal entre o crime e o potencial criminoso : uma abordagem  
              jurídico-econômica da pena / Marcelo Cabistani da Matta. – Porto Alegre,  
              2008.  
              125 f.

Orientador: Julio César de Oliveira.

Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul, Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-  
Graduação em Economia, Porto Alegre, 2008.

1. Direito penal : Análise econômica. 2. Crime : Teoria econômica. 3.  
Pena : Lei penal : Brasil. 4. Criminosos : Escolha : Economia. I. Oliveira,  
Julio César de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade  
de Ciências Econômicas. Programa de Pós-Graduação em Economia. III.  
Título.

CDU 343.2

MARCELO CABISTANI DA MATTA

A SANÇÃO PENAL ENTRE O CRIME E O POTENCIAL CRIMINOSO:  
UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA PENA

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Economia, ênfase em Economia do Desenvolvimento.

Aprovada em: Porto Alegre, 28 de março de 2008.

---

Prof. Dr. Sérgio Marley Modesto Monteiro  
UFRGS

---

Prof. Dr. Ronald Otto Hillbrecht  
UFRGS

---

Prof. Dr. Tiago Wickstrom Alves  
UNISINOS

As três mulheres mais importantes, Angélica,  
minha mãe, Tatiane, minha irmã, e a jovem  
Mannynha, recém-nascida sobrinha.

## **Agradecimentos**

A realização de um trabalho de dissertação é, antes de ser uma vitória pessoal, uma vitória de todos aqueles que estão presentes ao longo dessa caminhada. Não lutamos sozinhos. Cada um de nós representa o melhor resultado da difícil operação de somar as qualidades de todos aqueles que nos cercam. Sendo assim, meus agradecimentos são dirigidos a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal, em especial as que seguem.

Agradeço a minha mãe, Angélica, por ser o maior exemplo a ser seguido de pessoa, incentivando-me e acreditando em mim todo o tempo. Sem seus esforços, seguramente, o presente trabalho não teria, sequer, sido iniciado.

Agradeço a minha irmã, Tatiane, e minha jovem sobrinha, Manuela (Manny), que vem trazer mais alegria a todos nós.

Agradeço ao professor, orientador e amigo Dr. Júlio César de Oliveira, por incentivar e acreditar nas potencialidades deste aluno, enriquecendo o presente trabalho com seus comentários e sugestões, sempre necessários, para a realização do mesmo.

Agradeço ao professor e amigo Dr. Sérgio Marley Modesto Monteiro, pelas sugestões, sempre pertinentes, para o presente estudo.

Agradeço aos Professores, Dr. Ronald Otto Hillbrecht e Dr. Tiago Wickstrom Alves, por aceitarem analisar o presente trabalho.

Agradeço à Secretaria de Pós-Graduação em economia da UFRGS, em especial a Iara e a Raquel, pela simpatia e eficiência em solucionar nossas constantes solicitações.

Agradeço à equipe de funcionários da Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela amizade e pelo auxílio nas pesquisas realizadas para este trabalho.

Agradeço a todos os amigos que, embora seus nomes não estejam expressamente escritos aqui, contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que me possibilitou frequentar um extraordinário Curso de Mestrado, comparável às grandes Universidades nacionais e internacionais.

Por fim, resta um especial agradecimento a cada cidadão brasileiro, que por acreditar neste país, produz com seus esforços a riqueza nacional, necessária para custear, indiretamente, os bancos acadêmicos, dos quais somos todos nós beneficiados e aos quais mantemos um débito pelo investimento em nós feito.

Cuida de evitar os crimes, para que não sejas obrigado a puni-los.

Confúcio



## RESUMO

Essa dissertação tem como objetivo apresentar uma análise acerca do comportamento do delinqüente em relação ao *quantum* de pena previsto no Código Penal brasileiro, possuindo como fundamento a teoria economicista do crime e a legislação penal apresentada. Parte-se, em um primeiro momento, para uma explicação da evolução da sanção penal, destacando as teorias que explicam as finalidades das penas. Dá-se ênfase a dois grandes grupos teóricos: teorias absolutas da pena, que utilizam a pena como um juízo de reprovação/retribuição, e as teorias relativas da pena, que fazem da sanção penal um instrumento para impedir que novos crimes aconteçam (prevenção). Na seqüência, apresenta-se o modelo econômico básico do crime, desenvolvido por Becker (1968) e seus fundamentos teóricos em Beccaria (1764), em Bentham (1781) e na teoria da escolha racional. Esclarece-se que o modelo economicista do crime enquadra-se entre as teorias relativas da pena (prevenção). Ressalta-se que o instituto da pena é um dos principais mecanismos que o Estado possui para alterar o comportamento de potenciais infratores. Explica-se que o sistema criminal brasileiro estabelece como finalidade da pena tanto a reprovação quanto a prevenção. No entanto, considerando que o delinqüente é um ser racional, capaz de antecipar a quantidade de pena a que estaria sujeito caso fosse capturado e condenado, conclui-se que a pena, no contexto da legislação brasileira, perde a sua finalidade precípua de prevenção, uma vez que o agente criminoso constata que seu custo “real” é menor que seu custo “potencial”. Dessa maneira, embora no sistema criminal nacional, a pena possua como fim a reprovação e a prevenção, percebe-se reduzidas as suas características de prevenção, fazendo realmente do crime uma outra atividade, passível de ser realizada por aqueles que assim desejarem.

**Palavras-chave:** Sanção Penal, Pena, Retribuição, Prevenção, Crime, Teoria Economicista do Crime, Teoria da Escolha Racional, Sistema Criminal Brasileiro.

## ABSTRACT

The goal of this work is to present an analysis concerning the criminal's behavior in relation to the quantity of punishment foreseen in the Brazilian Penal Code, having as fundamentals the economic theory of crime and the penal legislation presented. In a first moment, it does an explanation of the evolution of the penal sanction, pointing out the theories that explain the purposes of the punishment. It does emphasis for two great theoretical groups: absolute theories of the punishment, that it uses the penalty as retribution, and the relative theories of the punishment, that it utilizes the penal sanction as an instrument to impede that new crimes happen (prevention). In the sequence, it presents the economic basic model of crime, developed by Becker (1968) and their theoretical fundamentals in Beccaria (1764), in Bentham (1781) and in the theory of the rational choice. It is explained that the economic model of crime is framed among the relative theories of the punishment (prevention). It shows that the institute of the punishment is one of the main mechanisms that the State uses to alter the potentials offenders' behavior. It is explained that the Brazilian criminal system establishes as purpose of the punishment as much the retribution as the prevention. However, considering that the criminal is a rational being, capable to anticipate the amount of punishment that would be subject case was captured and convict, it concludes that the penalty, in the context of the Brazilian legislation, loses its essential purpose of prevention, once the criminal agent verifies that his "real" cost is smaller than his "potential" cost. In this way, even though in the national criminal system, the punishment has as purpose the retribution and the prevention, it is possible to note that the characteristics of the prevention have been reduced, making the crime as one other activity, susceptible to be accomplished by those who want to do that.

**Keywords:** Penal sanction, Punishment, Retribution, Prevention, Crime, Economic Theory of Crime, Theory of the Rational Choice, Brazilian Criminal System.

## **Lista de abreviatura**

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal brasileiro

LICP – Lei de Introdução ao Código Penal

LCP – Lei das Contravenções Penais

## Sumário

<b>1 Introdução</b> .....	14
<b>2 As finalidades das penas</b> .....	19
2.1 Teorias relacionadas às finalidades das penas .....	24
2.1.1 Teorias abolicionistas .....	24
2.1.2 Teorias absolutas da pena .....	25
2.1.2.1 A vingança como sanção penal .....	26
2.1.2.2 A Expição como teoria absoluta da pena .....	27
2.1.2.3 A Teoria da Justificação Moral e a justiça social .....	29
2.1.2.4 A Pena como Eliminação do Delito .....	30
2.1.2.5 A pena como retribuição da culpabilidade .....	31
2.1.2.6 Críticas às Teorias Retributivas .....	32
2.1.3 Teorias Relativas da Pena .....	33
2.1.3.1 A pena como prevenção geral negativa .....	35
2.1.3.2 A pena como prevenção geral positiva .....	38
2.1.3.3 A pena como prevenção especial negativa .....	40
2.1.3.4 A Pena como Prevenção Especial Positiva .....	42
2.1.4 A pena segundo as Teorias Unificadoras Aditivas .....	44
2.1.5 A pena segundo a Teoria Unificadora Dialética .....	45
<b>3 O modelo econômico do crime</b> .....	48
3.1 A teoria de Cesare Beccaria .....	49
3.2 O Utilitarismo .....	53
3.3 A escolha racional .....	59
3.4 O modelo econômico de Gary Becker .....	62
3.5 A questão das penas de prisão .....	73
<b>4 O cálculo das penas</b> .....	79
4.1 Espécies de penas .....	79
4.1.1 Penas privativas de liberdade .....	80

4.1.2 Critérios de fixação do <i>quantum</i> de pena .....	83
4.1.3 Pena de multa .....	105
<b>5 Análise do comportamento do criminoso em relação ao quantum de pena .....</b>	<b>109</b>
<b>6 Considerações finais .....</b>	<b>118</b>
<b>Referências .....</b>	<b>120</b>
<b>Glossário de termos em latim .....</b>	<b>124</b>

## 1 Introdução

A utilização constante, ao longo, dos séculos do instituto da sanção penal terminou por dar origem a uma série de teorias que procuraram fundamentar a aplicação da pena. Ocorre que muitas foram as espécies de penas aplicadas nos mais diferentes lugares e períodos, o que terminou por frutificar diversas explicações sobre as razões pelas quais se passou a aceitar que um indivíduo punisse seu semelhante.

Assim, durante a evolução histórica da humanidade, registrou-se uma série de atrocidades que foram consideradas como legítimas sanções penais para a época. Há que se considerar que a limitação das espécies de pena é algo, de certo modo, recente, porquanto possui alguns poucos séculos de existência.

Foucault (2000, p. 9) narrou uma execução acontecida no século XVIII, em que o condenado teve como pena a aplicação em seu corpo de chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos, tendo como desfecho o desmembramento de seu corpo através de cordas amarradas em cavalos que seguiam direções opostas.

Essas são apenas algumas das atrocidades legitimadas como sanções penais em tempos mais antigos. De fato, a história das penas entrelaça-se com a história dos homens, não se podendo distingui-la da história do ordenamento jurídico. Dessa maneira, costuma a grande maioria dos autores vislumbrar, no exame das penas, a análise do próprio direito penal. Afinal, a existência de um direito punitivo serve para justificar a aplicação das sanções.

Do passado ao presente, muitas foram as justificativas para a utilização das penas. Existiam aqueles que as consideravam como uma verdadeira punição ao criminoso, tendo no objetivo de punir o seu fim precípua. Outros encontravam na pena não um fim em si mesma, mas uma maneira de dissuadir a prática de novos crimes. Tamanha é a importância das sanções criminais e dos crimes que elas visam a prevenir que as ciências econômicas passaram a elaborar estudos envolvendo a maneira mais eficiente de dissuadir a prática delitiva. O instituto da pena, como não podia deixar de ser, manteve-se em papel de destaque nestes estudos como um dos mecanismos que o Estado possui para prevenir o crime.

O sistema penal brasileiro, assim como os demais sistemas penais existentes, utiliza-se da pena como principal instrumento para proteger os bens jurídicos que a sociedade decidiu resguardar. Em razão da pluralidade de teorias que tentaram explicar as finalidades para a utilização das penas ao longo da história, o legislador penal brasileiro, quando da formulação de nosso sistema criminal, foi expresso ao dar preferência para uma destas, qual seja, a teoria mista ou unificadora da pena.

Cumprе ressaltar que, no século XX, houve uma certa aproximação entre as ciências jurídicas e as ciências econômicas, dando início a uma nova perspectiva, expressada no que hoje conhecemos como análise econômica do direito (AED). No que se refere à AED, com ênfase no direito penal, temos no trabalho pioneiro de Becker (1968) o seu marco inicial. Assim, a economia, sobretudo, com o estudo de Gary Becker acerca da ótica do crime, passou a analisar o delito e a conduta do criminoso dentro de um modelo básico devidamente elaborado.

Há muito, economistas e juristas têm-se detido em temas que, apesar de sua proximidade teórica, pouco houve de exame em conjunto, preferindo cada qual realizar sua análise isoladamente, evitando, com isso, adentrar na esfera de estudo do outro. A Análise Econômica do Direito, também conhecida como Law and Economics, é um fenômeno relativamente recente. Estima-se que seu ponto de partida recaia nos anos de 1950, com os trabalhos de Posner, Landes e Easterbrook, que deram origem ao Journal of Law and Economics (1958), em Chicago, considerada como a primeira revista especializada neste tipo de matéria.

A AED manteve-se vinculada às ciências econômicas até os anos 70, quando passou a receber o reconhecimento de juristas, especialmente com a fundação do Journal of Legal Studies (1972) e com os trabalhos de Richard Posner. Embora reduzido o seu campo de estudos, inicialmente, para a análise de instituições jurídicas de forte conteúdo econômico, sua tendência atual é ampliar as questões a serem investigadas, abrangendo, por exemplo, o direito de propriedade, contratos e alguns temas do direito penal.

Desde seu surgimento, a AED tem sido estudada, sobretudo, nos países anglo-saxões, especialmente nos Estados Unidos, expandindo-se, no período mais atual, para nações da

Europa e América Latina. A AED interpreta as normativas jurídicas segundo um ponto de vista econômico. Em sua análise, utiliza os principais conceitos de economia para explicar os efeitos e conseqüências buscados e não buscados pela dogmática jurídica. Os instrumentos utilizados em seu estudo são elaborados pelas ciências econômicas, em especial, aqueles vindos da microeconomia, como o individualismo metodológico<sup>1</sup>, o exame do conseqüencialismo<sup>2</sup>, o emprego de modelos analíticos<sup>3</sup> e a comparação com a realidade<sup>4</sup>.

Gonçalves e Stelzer explicitam que:

[...] a luz da LaE, intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento eqüitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos (2007, p. 3).

Asseveram ainda que:

a LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica, como, quando de sua verificabilidade, já, em instância de aplicação ao caso concreto pelo magistrado. Desta forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio de forma a determinar e influenciar a práxis jurídico-social e o delineamento de novas matizes no ordenamento em geral, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos por meio deste novo enfoque interpretativo-jurídico (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 4).

Assim, considerando a possibilidade de se unir dentro de um mesmo campo de estudo uma abordagem acerca do instituto da pena, utilizando-se de conhecimentos provenientes da economia e do direito, foi desenvolvido o presente trabalho.

---

<sup>1</sup> O indivíduo é observado como um ente que toma suas decisões, considerando a maximização de suas preferências e de seu bem estar, em um ambiente em que a disponibilidade de bens é restrita. Possui critérios de decisão racional e o resultado de sua conduta é consistente com as suas preferências.

<sup>2</sup> Os fundamentos que justificam a AED corporificam-se na descoberta das conseqüências desejadas e não desejadas da normativa legal, com o intuito de evitar a utilização equivocada dos recursos escassos. Assim, através de análise, faz-se possível a antecipação da conduta do indivíduo.

<sup>3</sup> Trata-se da utilização de modelos simplificadores da realidade, com o escopo de detectar os possíveis efeitos das normas jurídicas. Mantendo constante as demais variáveis, busca-se entender os fatores mais relevantes do corpo jurídico estudado.

<sup>4</sup> A comparação entre os modelos e a realidade é essencial para que possamos convalidar ou não as possíveis explicações sobre o impacto das leis na conduta dos indivíduos.



O objetivo deste estudo consiste em apresentar uma análise acerca do comportamento do delinqüente em relação ao *quantum* de pena privativa de liberdade, estabelecido no Código Penal brasileiro. A referida investigação possui como fundamento tanto a teoria economicista do crime, desenvolvida, sobretudo, por Gary Becker (1968), quanto a legislação penal brasileira, com destaque para o Código Penal (CP). Dá-se, ao longo deste trabalho, um maior destaque para o instituto da sanção penal, uma vez que se trata de um dos principais mecanismos de influência do comportamento individual criminoso.

No capítulo 2, apresenta-se uma breve evolução dos tipos de penas aplicadas ao longo de grande parte da história humana. A intenção é introduzir o leitor nas principais teorias que buscam explicar as finalidades de se utilizar as sanções penais. Presume-se que a compreensão acerca das diferenças entre as duas grandes teorias sobre os fins da pena, qual seja, a teoria retributivista e a teoria preventivista, deve ser o ponto de partida dos demais capítulos. Por oportuno, frisa-se que, nas ciências econômicas, tendo em vista a preocupação em se evitar o dispêndio desnecessário de capital relacionados com a prática do crime, terminou-se por adotar a teoria preventivista da pena, diferindo da teoria desenvolvida no âmbito do sistema penal brasileiro, qual seja, a teoria mista ou unificadora da pena.

No capítulo 3, parte-se de uma das teorias apresentadas na primeira parte, é dizer, a teoria preventivista da pena, fornecendo o arcabouço teórico para o desenvolvimento da teoria economicista do crime de Gary Becker. O objetivo é apresentar o instituto da pena como um instrumento que possui o Estado de moldar o comportamento do indivíduo, inibindo que este venha a delinqüir. Destaca-se os dois mecanismos de controle da prática delitiva – a probabilidade do criminoso ser apreendido e/ou condenado e a cominação de uma sanção penal – e expõe-se o importante papel exercido pela pena para a dissuasão dos delitos.

No capítulo 4, foca-se a pena dentro do ordenamento jurídico brasileiro, concedendo destaque apropriado para duas espécies de sanção penal: a pena de prisão e a pena de multa. Procura-se detalhar a forma de individualização da pena, explicando a sua dosimetria, em face da suposição de que o criminoso racional também pode realizar o cálculo da pena. Constata-se que, embora a legislação penal estabeleça um razoável número de dispositivos legais que orientam a determinação correta da pena a ser aplicada, concede-se ao Estado-juiz um poder discricionário significativo para a sua aplicação.

No capítulo 5, elabora-se uma análise acerca do comportamento do criminoso em relação à quantidade de pena prevista no ordenamento jurídico penal. Fundamenta-se o estudo na racionalidade do modelo básico do crime, desenvolvido por Becker (1968), constatando uma distorção nos custos da prática delitiva, com reflexos no comportamento do criminoso racional em relação à verdadeira pena a que estaria sujeito caso fosse capturado e condenado.

## 2 As finalidades das penas

Antes de proceder aos primeiros passos acerca do exame jurídico-econômico da pena, cumpre asseverar que esta possui como pressuposto a existência de um crime. Portanto, não há falar em pena sem tipo penal<sup>5</sup> anterior a ela associado. A legislação brasileira entende como crime a conduta humana ilícita<sup>6</sup>, antijurídica<sup>7</sup> e culpável<sup>8</sup>, tendo como conseqüência legal a imposição de uma sanção penal. A conjugação dessas três características explica a existência de crimes, mas situa-se em campo longínquo das razões pelas quais o ordenamento jurídico preferiu criminalizar determinado comportamento. Em verdade, muitos autores questionaram-se sobre a possibilidade de que a própria natureza concebesse condutas como naturalmente criminosas, indagando-se, por exemplo, se o homicídio é crime porque previsto em lei ou se é naturalmente um crime, mesmo se não houvesse cominação desse ato em algum diploma legal.

---

<sup>5</sup> Em razão desta dissertação ser destinada, sobretudo, para a área econômica, mister alguns esclarecimentos acerca da terminologia jurídica utilizada. Comumente, ver-se-á ao longo deste trabalho algumas expressões que são largamente utilizadas no meio jurídico, sem encontrar equivalência na seara econômica. Assim, entende-se por melhor explicá-las, quando de sua conveniência, à margem da obra, para maior entendimento do todo. Prefere-se pecar pelo excesso a deixar mal entendidas as linhas que hão de seguir.

Tipo penal pode ser entendido como a descrição, no dispositivo legal, da conduta que a sociedade entendeu por proibi-la. Em geral, existem 3 tipos penais: o tipo penal incriminador (entendido como a descrição, em lei, de um comportamento que a sociedade considera como criminoso. Trata-se da previsão da conduta que todos devem abster-se de cometer. Como exemplo, cita-se o art. 121 do Código Penal, no qual consta “matar alguém”, “pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. Nesta norma, está expresso que a conduta de matar uma pessoa implica um crime que sujeita o ofensor a uma pena determinada), tipo penal permissivo (é aquele que estabelece uma conduta permitida em lei como as excludentes de ilicitudes do art. 23 do Código Penal, no qual “não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”) e tipo penal devido (sendo aquele que estabelece uma conduta obrigatória). Assim, ao longo deste trabalho, quando nos referimos a crime, estamos diante do tipo penal incriminador.

<sup>6</sup> A ilicitude refere-se ao comportamento contrário ao direito, cuja previsão não se encontra elencada entre os tipos penais permissivos. Dessarte, a conduta que lesiona um bem jurídico tutelado por uma norma penal é ilícito, caso inexistente norma penal que o traslade da ilicitude para a licitude, como, por exemplo, a legítima defesa.

<sup>7</sup> A antijuridicidade consiste na própria tipicidade do ilícito, ou seja, a previsão no ordenamento jurídico de condutas não aceitas pela sociedade.

<sup>8</sup> Questão interessante é o tema acerca da culpabilidade que, *per se*, poderia ser alvo de muitas e preciosas linhas. Não obstante, para os fins a que se destina esse trabalho, limita-se a esclarecer que a culpabilidade está presente em todo o crime, pois o dolo e a culpa, que são os elementos da culpabilidade, antecedem o próprio cometimento do crime. Este é o entendimento da chamada teoria finalista da ação, é dizer, somente haverá crime se o agente causador assim o quiser de modo deliberado, ou, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, ocasionar o ilícito. Não obstante, cumpre ainda expender que a culpabilidade também há de ser perquirida em momento posterior, quando da imposição da pena. Este último ponto será melhor desenvolvido no capítulo 3 deste trabalho.

Tal questionamento foi a base do que se conheceu como jusnaturalismo<sup>9</sup>, em que se aceitava a existência de um direito natural, que se situava acima do direito positivado pelos diplomas legais existentes. Assim, para aqueles que defendiam o jusnaturalismo, haveria condutas materialmente proibidas independentemente de estarem previstas na lei, como as que ocasionassem lesões corporais, morte e violações sexuais, entre outras. Boschi (2002) adverte que embora muito esforço tenha sido realizado na busca de respostas a esse questionamento, restaram não satisfatórias, até a atualidade, as teses apresentadas. Cumpre, neste momento, explicitar que ao tratarmos de crimes somente consideraremos a conduta delitiva prevista no ordenamento jurídico, não nos referindo a possíveis condutas naturalmente proibidas, consoante destacado no art. 1º do Código Penal (CP) e art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (CF/88), respectivamente:

CP, art. 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há penas sem prévia cominação legal.

CF/88, art. 5º, XXXIX: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Ante os precitados dispositivos, infere-se que a pena está em grau de deferência para a ordenação penal do mesmo modo que a tipificação do comportamento proibitivo. Em verdade, o estudo da pena é a própria base do direito criminal, porquanto a sua ausência implica a inexistência da força impositiva daquele, uma vez que inútil seria cominar condutas repudiadas pela sociedade se o seu descumprimento não ocasionasse nenhuma sanção.

A progênie das penas percorre, tangencialmente, a própria história da humanidade, é dizer, principia com o contato primeiro do homem com seu semelhante, não se podendo falar em pena quando ainda inexistente o convívio social. Faz-se referência como primeiro caso de imposição de pena a clássica história bíblica de Adão e Eva, trazida a nós pelos comentários de Greco (2007), em que a conduta de comer o fruto proibido resultou na aplicação da pena de expulsão do paraíso. A importância desta narrativa bíblica consiste no fato de que a pena

---

<sup>9</sup> Jusnaturalismo foi uma corrente filosófica na qual acreditava-se que determinados direitos existiam independentemente de sua previsão no ordenamento positivo. O direito à vida, à liberdade pessoal, à honra, por exemplo, eram direitos que pertenciam à própria existência humana e deveriam ser protegidos, porquanto decorrentes desta e não do ordenamento positivo. Ao longo dos séculos, a defesa do direito natural fez-se presente por meio de diversos argumentos, ora considerando o direito natural como aquele proveniente de uma origem divina, ora como oriundo da razão. Há ainda os que percebiam a sua existência como resultado do surgimento da sociedade e de seu contrato social.

passou a existir porque Adão estava em contato com Eva e também com Deus. Se acaso inexistente as duas últimas figuras, inconcebível pensar em alguma espécie de punição, porquanto o indivíduo solitário, na ausência de demais indivíduos não se condiciona a um código determinado de conduta.

A importância de se recordar esse ensinamento bíblico consiste no fato de que no momento em que os homens passam a conviver com seus semelhantes, fazendo constituir uma sociedade, esta passa a exigir um determinado código de conduta, que deve ser respeitado por todos aqueles que desejam nela se estabelecer. O famoso provérbio jurídico *ubi jus ibi societas*<sup>10</sup> aplica-se perfeitamente neste contexto, do mesmo modo que *ubi societas ibi jus*<sup>11</sup>. Tanto a afirmação quanto a sua recíproca são verdadeiras, no sentido de que o direito pressupõe a existência de uma sociedade e esta, a existência de um direito.

Diante de comportamentos permitidos e proibidos, temos a figura da sanção, que consiste em um instrumento proporcionador de poder impositivo ao que a sociedade cominou como a conduta ideal a ser seguida. Assim, a origem das penas situa-se no mesmo momento do surgimento do convívio social.

Desde outrora até os dias atuais, as espécies de penalidades passaram por uma evolução, a começar pelos registros como instrumento privado de vingança primitiva, até, hodiernamente, com a sua imposição pelo Estado-Juiz. Destaca Bruno (1959) que uma das penas mais primitivas existentes foi a vingança de sangue, em que, diante da inexistência do Estado tal qual conhecemos hoje, as tribos buscavam a justiça por meio de seus próprios atos, resultando na utilização da pena como vingança privada. Dessarte, aquele que atentava contra um dos membros de um clã sujeitava-se à ira dos demais, o que resultava fatalmente em desperdício de vidas.

Outras penas aplicadas na história antiga encontram-se presentes nos escritos do Código de Hamurábi, em que se imputava supremacia à lei de talião, comumente conhecida como “olho por olho, dente por dente”. Dispunha a referida lei que a retribuição do mal cometido implicava necessariamente uma pena de mesma gravidade. Perspicaz observação foi realizada por Boschi (2002, p. 92), quando da análise dos escritos de Ferrajoli. Constatou o

---

<sup>10</sup> Significa onde houver o direito, existirá uma sociedade.

<sup>11</sup> Significa onde houver uma sociedade, existirá o direito.

autor que a lei de talião impunha uma multiplicidade de penas tal qual a multiplicidade de tipos penais existentes. Assim, caso fosse cometido o delito de homicídio, impor-se-ia uma pena de homicídio. Se porventura, calúnias fossem ditas, a pena seria a de cortar a língua. Ora, a existência de uma possível multiplicidade de penas faz multiplicar as aflições daqueles que estão sujeitos às mesmas, porquanto dependente da discricionariedade do julgador. Dependendo de como classificado os fatos descritos como delito, possível a aplicação das mais diversas penas.

Boschi (2002, p. 92) citou que, após o período que se seguiu à lei de talião, passou-se a utilizar a pena de maneira vinculada ao patrimônio do delinquentes. Enquanto a antiga imposição das penas se prendia ao corpo físico do acusado, a ulterior concepção compelia este a ressarcir, com fulcro em sua riqueza, os danos sofridos pela vítima.

Nucci (2005, p.63), ao discorrer sobre a aplicação das penas no direito romano, propôs uma divisão em períodos, sendo o primeiro composto pelo predomínio do poder absoluto do *pater familias*<sup>12</sup>, que detinha o controle de sua família e podia aplicar a sanção que entendesse cabível. Com o decurso dos anos, em Roma, a finalidade da pena passou por transformações, transferindo-se da esfera privada para a pública, com maior prevalência para um caráter sagrado da pena, no período do reinado, e para um aspecto mais similar ao talião no período republicano. Em relação ao direito germânico, o citado autor explicita tratar-se de direito de natureza consuetudinária, com primazia da vingança privada e dos juízos de Deus, que consistiam na submissão do acusado a provas infamantes com fogo, água, entre outros elementos, a fim de provar a sua inocência.

A multiplicidade de penas não possuiu limites e, no período da idade média, outras espécies de penas ganharam relevo, como a morte na guilhotina e a pena de queimar o condenado vivo. Mesmo após a era medieval, a própria Igreja Católica fez uso de penas que denotavam crueldade, como, *v.g.*, a utilização da fogueira na Inquisição. Cumpre salientar a inexistência de proporcionalidade entre a pena aplicada e o suposto crime praticado.

A preocupação quanto ao estabelecimento de proporção limitadora entre as penas e os delitos praticados é algo que remonta a um passado recente e tem como ponto referencial os

---

<sup>12</sup> Significa o pai de família. Na Roma antiga, o lar era um recinto sagrado, no qual o homem, pai de família, detinha um poder muito grande sobre a sua família, podendo, inclusive, aplicar sanções.

ideais da Revolução Francesa. Faz-se mister a concessão de maior número de linhas para a obra de Beccaria (1764/2007)<sup>13</sup>, que defendeu a necessária proporcionalidade entre crime e pena, sendo que ambos deveriam pré-existir à prática delitativa, não cabendo ao Poder Judiciário a discricionariedade em sua interpretação.

Curiosa a explicação de Boschi (2002) sobre o termo penitenciária, que passou, com a codificação das penas, a um papel de destaque no sistema sancionatório estatal. Segundo o autor, a palavra penitenciária tem sua origem no termo penitência, é dizer, no pedido de perdão realizado pelo acusado, em razão do mal cometido. No período inquisitório de caça aos hereges pela Sagrada Igreja, o encaminhamento à prisão daqueles acometidos de heresia era algo transitório, cautelar, cuja principal pena era a fogueira. A prisão não era a principal sanção cominada. A penitenciária era vista como o local em que ainda havia a possibilidade de realizar a penitência e talvez obter o perdão celeste.

No entanto, com as codificações do direito criminal, a restrição à liberdade passou a ganhar maior importância, deslocando-se da posição de pena cautelar ao processo penal para a sua mais expressiva representação de sanção aos atos proibidos. Nucci (2005, p. 66) cita a utilização das prisões como pena privativa de liberdade a partir do século XVII, com o chamado sistema americano, tendo em vista que foi a partir de 1681 que se implementou o sistema prisional na Colônia da Pensilvânia.

Diante da importância da pena ao longo de toda a história da humanidade, Dias (1999) chega a afirmar que o estudo dos fins da pena abrange a análise do próprio direito penal. Cediço que o direito penal estruturou-se na figura da pena como seu principal alicerce, contudo, a verdadeira finalidade desta não resta assente na doutrina. Ocorre que, ao longo dos anos, foram sendo desenvolvidas várias explicações acerca dos fundamentos, justificativas e a razão pela qual as penas são aplicadas.

Assim, passou a pena a ser abordada, ao longo da história, em diferentes aspectos, ora vista como um verdadeiro castigo, representando uma retribuição do mal injusto cometido pelo delinqüente pelo mal justo imposto pelo Estado, ora contemplada por meio de seus aspectos preventivos, impedindo que muitas condutas indesejadas fossem realizadas, em face

---

<sup>13</sup> Em relação à obra de Cesare Beccaria, dedica-se maior atenção no capítulo 2 deste trabalho.

do temor de vê-la aplicada. Com o despertar dos tempos, alcançou realce também aqueles que defendiam uma mescla de teorias, entremeando características ora de uma corrente ora de outra.

## **2.1 Teorias relacionadas às finalidades das penas**

A partir do período iluminista, ganha relevo a defesa de duas teses antagônicas: a teoria absoluta, consolidada ao longo dos tempos e que defendia uma espécie de soma de dois males, o praticado pelo indivíduo e o imposto a ele, e a teoria relativa, que percebia na pena um fim utilitário de prevenção do crime. Ademais destas, sobressaem-se ainda as teorias abolicionistas e as mistas ou unificadoras. Conquanto existente esta segmentação, não implica que as teorias absolutas também não considerassem o aspecto da prevenção, nem que as teorias relativas não aceitassem as características da retribuição. Tal distinção se faz pertinente em razão da atribuição de maior carga valorativa a certas características em detrimento de outras. Dessarte, apesar de uma das teorias considerar, de certo modo, aspectos característicos da outra, não os contempla a ponto de influir na própria existência ou finalidade da pena, mantendo, portanto, os atributos que lhes são peculiares.

### **2.1.1 Teorias abolicionistas**

O abolicionismo penal surge em franca oposição ao chamado justificacionismo da sanção criminal. Enquanto este procura justificar a existência das penas em razão de suas finalidades, aquele nega a própria existência de sujeição ao sistema sancionatório.

Ferrajoli (2006, p. 230), ao tratar do tema, explicita que os abolicionistas não reconhecem nenhuma justificativa para a aplicação das penas aos indivíduos. De fato, almejam a impossibilidade de se aplicar condutas que interfiram na liberdade individual das pessoas, quer porque não aceitam o fundamento ético-político do direito penal, quer porque consideram que os custos de aplicação das penas são muito superiores que as vantagens dela advindas.



Segundo o renomado autor, são abolicionistas:

somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social (FERRAJOLI, 2006, p. 231).

As teorias abolicionistas não podem ser entendidas como uma única corrente filosófica. A este grupo, são incluídas várias posições doutrinárias que possuem como característica em comum o fato de negarem a justificação ou legitimidade da coerção penal estatal. Algumas doutrinas citadas por Ferrajoli (2006), com destaque para a de Max Stirner, chegam ao radicalismo, ao manifestarem uma defesa das questões anarquistas, com a completa negação de qualquer tipo de sanção para as condutas individuais, “enquanto livres e autênticas manifestações do ‘egoísmo’ a-moral do ego, cujo julgamento, prevenção e punição constituem injustiças” (FERRAJOLI, 2006, p. 232).

Há ainda teorias abolicionistas que não chegam ao extremo da anterior, limitando-se a negar a aplicação da pena como negação à aplicação de medida jurídica impositiva, sem, contudo, negar a totalidade do controle social, como defendido pelo anarquismo.

### **2.1.2 Teorias absolutas da pena**

Sob a denominação de teorias absolutas da pena, englobam-se algumas correntes de pensamento que visualizam a pena como a retribuição do castigo pelo castigo. De um modo geral, para estas teorias, o sentido da pena é atribuir ao condenado algo que ele não desejou, imputando-lhe um infortúnio por ter optado por efetuar a conduta proibida. Aqui, não se deseja a socialização ou a prevenção do crime. Trata-se de uma troca, em que o mal é trocado pelo mal. O comportamento indesejado pela vítima é substituído por outro indesejado pelo criminoso.

A Teoria absoluta da pena está voltada para o passado, porquanto a sua aplicação somente faz sentido após a prática do comportamento desviado. Inexiste preocupação quanto ao futuro, visto que não está entre seus objetivos o impedimento para a futura prática delitiva. Sua preocupação é punir o indivíduo uma vez já realizado o crime. A punição pelo crime praticado se dá pela “necessidade de que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal” (ROXIN, 1998, p. 16).

Segundo Shecaira e Corrêa Júnior (2002), as teorias absolutas atribuem uma espécie de reprimenda, buscando restaurar o equilíbrio que foi desfeito pelo comportamento desviado. Nos termos destes autores, “essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 130). A reprimenda pode ser entendida como a busca pelo *status quo ante*, que conquanto inalcançável, é substituído pela imposição de um mal pelo Estado. Desta maneira, a pena torna-se instrumento imprescindível para a restauração da ordem jurídica que havia sido atacada pela prática da conduta proibida.

Como característica principal das teorias absolutas ou retributivistas que serão apresentadas está o fato de que todas elas aceitam a imposição do mal da pena em contraposição ao mal erigido com o agir desviado.

### **2.1.2.1 A vingança como sanção penal**

Uma das correntes contempladas como pertencentes às teorias absolutas considera a pena como uma espécie de vingança. Trata-se da comumente conhecida vingança privada exercida, principalmente, antes do surgimento do Estado, em que a vítima ou algum membro pertencente ao círculo social próximo da vítima, vestia as vestes de julgador e executor do ofensor, retribuindo o mal sem a intervenção de uma instituição criada para este fim. A necessidade individual de vingar-se ou a seu próximo justificava a imposição de uma penalidade pelo homem primitivo contra seu semelhante.

Junqueira (2004) constata a existência de vingança não somente na sociedade pré-estatal, mas também nos Estados Absolutistas, caracterizados pela existência ilimitada de poderes nas mãos do Soberano. Do mesmo modo, constata também a presença desse sistema em regimes totalitaristas e, ainda, em alguns regimes contemporâneos. Assim, a vingança é tida como uma necessidade para apaziguar o desconforto psicológico daquele que foi afetado pelo comportamento desviado. Segundo o autor, “o homem delinqüente passa a ser assim um bode expiatório necessário para a sociedade, que o culpa pelas mazelas da comunidade e o pune, como forma de possibilitar, do lado não criminoso da sociedade, o convívio pacífico, bem como a contenção de eventuais lutas de classe” (JUNQUEIRA, 2004, p. 32).

Marques (2000) explicita que a vingança traz consigo o restabelecimento do equilíbrio emocional da sociedade. Assim, a figura da vingança como pertencente à teoria absoluta da pena tem a *ultima ratio* nos aspectos psicológicos de incursão no ofensor daquilo que este provocou na sociedade. Trata-se da exacerbação dos aspectos mais primitivos da humanidade, presentes, especialmente, antes da formação do Estado.

Considerando que as inter-relações sociais ocorrem dentro de um Estado Democrático de Direito, representado pela República Federativa do Brasil<sup>14</sup>, entende-se que a pena, vista como vingança privada, não pode subsistir, porquanto o *jus puniendi*<sup>15</sup> foi atribuído unicamente ao Estado-Juiz. Aceitar a justiça privada é negar a própria existência de um dos poderes previstos por Montesquieu. Nenhuma razão teria o poder judiciário, se fosse permitido que com esse concorresse a justiça dos homens.

### 2.1.2.2 A Expição como teoria absoluta da pena

---

<sup>14</sup> O art. 1º da CF/88, quando prevê os fundamentos da República Federativa do Brasil, assim estabelece: “CF/88, art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)” Na compreensão de Estado Democrático de Direito, encontra-se a seguinte ambivalência: Estado Democrático de Direito como um Estado Democrático e um Estado de Direito, possuindo cada terminologia suas características próprias. Por Estado Democrático, tem-se aquele em que a vontade popular é manifestada por representantes eleitos pelo voto do povo. Por Estado de Direito, entende-se aquele em que os direitos e deveres estão previstos no direito positivo e também nos princípios e costumes inerentes a ele.

<sup>15</sup> O *jus puniendi* pode ser entendido como o direito de punir. No entanto, trata-se de um poder-dever de punir, porquanto foi transferido ao Estado brasileiro, para que este, diante de uma infração à lei, tenha o poder, bem como a obrigação, de perseguir o criminoso, impondo-lhe uma pena, e, evitando, com isso, a realização de uma justiça privada.

Difere esta teoria da anterior em relação ao sujeito que recebe o reflexo de satisfação pela aplicação da pena. Enquanto na perspectiva da vingança, sobressai-se a busca pela satisfação do ofendido ou de seu defensor, proporcionando à vítima ou àquele que se encontra dentro de seu círculo próximo a busca pelo necessário equilíbrio que havia sido rompido pela conduta delitiva, na teoria da expiação, o que se almeja é a purificação divina.

A punição do infrator não satisfaz o ofendido, nem restaura o equilíbrio abalado pelo cometimento do ato proibido. Tal punição, de acordo com a teoria da expiação, reconcilia o ofensor consigo mesmo, no sentido religioso. O termo expiar deve ser entendido aqui com o sentido de purificar. A condenação, com a sua conseqüente aplicação de pena, faz com que a ira divina seja aplacada.

Santos (2005, p. 4) afirma que “a pena como expiação de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado”. Com o direito canônico, deu-se maior destaque a essa idéia de expiação. Afligia-se o corpo físico do ofensor a fim de que sua alma fosse purificada. Assim, o julgador era visto não como um homem igual aos demais homens, mas como um verdadeiro representante de Deus, cuja execução da pena nada mais era do que a purificação do condenado. Embora essa visão da pena obtivesse grande destaque na Inquisição, já se concebia a sua aplicação em tempos mais antigos.

Um exemplo de aplicação da teoria da expiação para motivar os fins da pena é trazido por Lyra (1942), quando afirma que “no século XI a.C., aparece o Código de Manu, com exclusivo caráter religioso, teocrático e sacerdotal, sem referência às conquistas do talião ou da composição. Todo crime constitui pecado (ofensa à divindade), exigindo a purificação do criminoso por meio de penas cruéis e exemplares” (LYRA, 1942, V. II, p. 11). Assim, não só a percepção da pena é outra, mas o próprio entendimento do crime ganha outra definição. Para a teoria da expiação, todo o crime é pecado. O delito não interfere simplesmente no mundo terreno. Pelo contrário, seu cometimento faz com que ganhe proporções tais que desequilibram o mundo celestial, atizando a ira dos deuses, sendo a pena uma maneira de aplacar a divindade.

Ora, ao considerar que a pena tem características de proporcionar a purificação do condenado, esta não pode ser considerada negativa, porquanto não traz consigo um mal a ser aplicado, mas um bem a ser concedido ao infrator. É através da pena que o delinqüente se redime. É por meio dela que ocorre a purificação da alma do ofensor.

O foco central desta teoria é o próprio ofensor. A aplicação da pena tem como objeto imediato o agente que cometeu o comportamento desviado. Visa-se à salvação de sua alma, reconduzindo novamente ao rebanho aquela ovelha que com seu comportamento se afastou. Cumpre asseverar que não há espaço para aplicação deste fim no sistema criminal brasileiro. O alicerce no qual se sustenta a expiação é a salvação da alma, mas a alma somente pode ser salva se o ofensor assim o desejar. Imprescindível que o criminoso realmente deseje arrepende-se para que se consiga atingir o fim da pena.

Desta maneira, não haveria mecanismos de ingerência do poder punitivo estatal na mente psíquica do criminoso, tornando-se impossível compeli-lo para que busque a sua rendição. Ademais, tal teoria poderia estar em amplo confronto com a laicidade do estado brasileiro<sup>16</sup>, pois implicaria em aceitar a rendição do condenado perante uma determinada divindade em detrimento de outra, o que é inconcebível. Conquanto relacionada à reconciliação do individuo para consigo mesmo, a teoria da expiação é associada às teorias absolutas, em face de estar voltada para o passado. Em outras palavras, trata-se de vertente da teoria absoluta, porquanto age após o cometimento do crime, com fins sancionatórios e não preventivos.

### **2.1.2.3 A Teoria da Justificação Moral e a justiça social**

O cerne dessa teoria consiste na busca pela justiça, a fim de evitar que a própria sociedade ocupe a posição de cúmplice do delinqüente. Ao cometer o ato delitivo, o infrator promoveu uma ruptura na ordem legal até então existente. Aquilo que a sociedade escolheu para regular a vida dentro da comunidade foi seriamente afetado. Urge o restabelecimento da

---

<sup>16</sup> O art. 5º da Magna Carta, quando prescreve os direitos e garantias individuais afirma ser o estado brasileiro independente da religião, ao aceitar toda e qualquer espécie de cultura religiosa no país: CF/88, art. 5º, VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

ordem com a realização da justiça, sob pena da própria sociedade ser considerada como cúmplice do criminoso.

Tal qual as teorias expostas em linhas anteriores, inexistente aqui preocupação em prevenir o crime. A justificação da pena, ao contrário, encontra-se após o agir criminoso. Neste respeito, a ordem legal foi desfeita. O que era considerado ordem passou a ser desordem. A transgressão da lei fez surgir uma prática contrária, que é a imposição de uma pena. A pena não tem como objetivo a vingança individual, nem a expiação religiosa do agente. Para esta teoria, a pena tem a função de impor a justiça vigente. O dano transcende a vítima e vem atingir toda a sociedade.

O dano material em relação ao bem jurídico tutelado pela norma penal dá lugar a uma maior preocupação com a transgressão da ordem moral presente na sociedade. A ordem jurídica foi esfacelada pelo comportamento desviado. O ofensor no seu agir não atingiu simplesmente o ofendido, feriu a ordem moral de toda uma sociedade e a maneira de restabelecê-la é pela aplicação da justiça, por meio da imposição de uma pena.

#### **2.1.2.4 A Pena como Eliminação do Delito**

Segundo esta corrente filosófica defendida por Hegel (1997), a pena tem a função de anular o delito. Ao negar-se a conduta desviada pelo agente estar-se-ia negando a negação que este agente aceitou quando do cometimento do crime. Assim, a imposição da pena seria a negação da negação que havia sido tolerada pelo ofensor, o que acarreta a reafirmação da ordem jurídica.

O pensamento trazido por Hegel pode ser explicado da seguinte maneira. O delinquentes é um ser que possui liberdade em seu agir, podendo optar pela prática de determinada conduta que não é aceita pelos demais membros da sociedade. Ao escolher realizar um determinado ato, declara a existência de uma lei sua que vai conflitar com a lei vigente fruto da vontade geral. Essa sua lei particular nada mais é que a própria negação da lei geral. Enquanto lei, esta impediria a prática daquela conduta que este ser optou por realizar. O ofensor nega a existência desta lei social para que a sua lei particular possa ser executada. No

entanto, para que a lei geral possa prevalecer, faz-se mister que esta negue a existência dessa lei individual. E a imposição de uma sanção é a resposta que a lei geral oferece ao condenado para que seja anulado o delito por este cometido.

Segundo Hegel, o crime nada mais é que a negação do direito, enquanto a pena é a negação da negação, que resulta, como consequência direta, na afirmação do direito lesado. Assim, a negação pela lei geral da negação que a lei particular havia feito da lei geral afirma a ordem jurídica e restabelece o direito lesado. Nos termos de Ferrajoli, a doutrina Hegeliana para a pena é uma “retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado” (FERRAJOLI, 2006, p. 237). Continua o autor afirmando que “a única coisa que importa é que o delito deve ser eliminado não como produção de um prejuízo, senão como lesão do direito enquanto direito” (FERRAJOLI, 2006, p. 270).

Não há dúvida de que esta teoria encontra-se entre as chamadas teorias absolutas da pena, porquanto ao retribuir, em forma de pena, a negação da negação anteriormente realizada pelo agente, está-se cominando a este, simplesmente, uma discordância sancionatória por um ato de escolha anteriormente posto em prática, sem maiores preocupações em evitar novos atos futuros.

#### **2.1.2.5 A pena como retribuição da culpabilidade**

Se para a prática delitiva, deve-se associar uma sanção penal, esta há de ser proporcional ao agir do ofensor. A idéia de proporcionalidade surge na ânsia de impor limites à retribuição estatal. O fim da pena ainda é o de atribuir ao condenado um castigo estatal, mas este suplício já não mais é dissociado de limites. A retribuição passa a se estabelecer com outros parâmetros.

Junqueira (2004, p. 51) cita alguns paradigmas que poderiam servir como base a esse delimitado como a subordinação à reparação do dano real, do dano ideal, do desvalor do ato ou da culpabilidade do agente. Ora, o direito penal tal qual conhecemos hodiernamente é uma limitação do *jus puniendi* estatal. Antes de servir como autorização para que o Estado exerça

o seu poder de invadir a esfera da liberdade individual serve para limitar este poder, fazendo com que este seja exercido dentro dos limites da culpabilidade do agente.

Santos demonstra que “a culpabilidade perde a antiga função de fundamento da pena, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função atual de limitação da pena, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado” (SANTOS, 2005, p. 6). Assim, ainda imbuído da carga retributivista de cominação de penas, os limites agregados pela culpabilidade passam a se aproximar mais do moderno direito penal.

A culpabilidade passou a ocupar um papel proeminente. Em verdade, poder-se-ia dizer que esta encontra-se presente em duas posições claras e definidas. Por um lado, é pressuposto para a aplicação da pena. A sanção somente existe se, e somente se, existir a prática delituosa. A pena pressupõe o crime e este pressupõe a culpabilidade. O agir fora dos padrões sociais comumente aceitos depende do querer agir. A racionalidade já presente na visão Kantiana e Hegeliana mantém-se aqui. O ser racional deseja agir e o faz envolto na culpabilidade que o rodeia e o delimita. Essa mesma culpabilidade também encontra-se nos extremos de aplicação da pena, porquanto esta não pode ir além da culpabilidade do agente. A retribuição permanece como principal finalidade da sanção, mas esta sujeita-se à culpabilidade do agir. E o Estado ao sujeitar o indivíduo criminoso a sua força o deve fazer nos mesmos limites incorridos pelo agente quando decidiu ultrapassar o proibido socialmente.

#### **2.1.2.6 Críticas às Teorias Retributivas**

Foram tecidas diversas críticas às teorias absolutas da pena. Em verdade, aceitar a retribuição da pena como conseqüência do comportamento desviado é apresentar apenas uma justificção interna para a pena, olvidando por completo qualquer justificção externa. Característica encontrada em todas as teorias retributivistas leva a considerar a pena como um fim em si mesma e não como instrumento coberto de finalidade diversa.

A pena, para estas correntes, é necessária para infligir ao mal um mal, ou melhor, para atacar a violência com outra violência, porquanto a anulação da violência desencadeada pelo delito somente é possível com a aplicação de outra violência legitimada pela imposição da



pena. Assim, a pena é, *per se*, um fim absoluto. O seu verdadeiro fim é o de penalizar o ofensor. O punir justifica-se pelo agir fora do permitido e este passa a ser o objetivo primeiro da sanção penal.

Ferrajoli (2006) afirma que o problema destas correntes está em inquirir-se do “quando” em detrimento do “por quê”. Quando o âmago das justificativas restringe-se na necessidade da imposição da pena é porque o crime já ocorreu. Não se está preocupado em evitar novos delitos mas em satisfazer a necessidade de punir aquele que já abriu as portas do mundo da transgressão. O delito deixou de ser o pensamento particular para pertencer à realidade pública. Punir é o reflexo do pecado, que mesmo proibido foi realizado. A preocupação com o “quando” situa-se temporalmente após a ocorrência da conduta. Por isso, afirma o mestre italiano que “dizer que a pena é justificada ob malum actionis, ou quia peccatum, ou quia prohibitum, ou similares, equivale a dizer quando se justifica (ou é possível ou lícito) punir; absolutamente não equivale a dizer porque é justificado (ou necessário, ou oportuno) punir” (FERRAJOLI, 2006, p. 239).

A legitimidade externa para a pena é arremessada para segundo plano. Justifica-se a pena por ela mesma. A pena existe com o fim de punir, mas não se explicita por que razão vai-se movimentar todos os mecanismos a fim de punir. O “porquê” punir passa a ser negligenciado do “como” punir e “quando” punir. O importante é aplicar ao mal do feito o mal da pena, mas as razões externas para tal atitude não são questionadas. Para as teorias retributivistas, a legitimidade externa passa a ser justificada pela legitimidade interna. A pena é explicada pela própria pena, com o fim específico de punir.

### 2.1.3 Teorias Relativas da Pena

Com a evolução do pensamento acerca da pena, temos a transição do *punitur quia peccatum est*<sup>17</sup> para o *punitur ne peccetur*<sup>18</sup>. Não se trata simplesmente de terminologia jurídica, mas de mudança da própria essência dos fins da pena. *Punitur quia peccatum est* demonstra o dever de punir daquele que pecou, isto é, daquele que cometeu o delito. Assim,

<sup>17</sup> Significa pune-se porque é pecado.

<sup>18</sup> Significa pune-se para que não mais se peque.

atribui-se ao mal do crime o mal da pena, sem considerar a importância de salvaguardar a sociedade de novos malefícios. *Punitur ne peccetur* vai além, punindo o indivíduo não simplesmente para repreendê-lo, mas para evitar que não mais peque. Enquanto o absolutismo da pena tinha como foco o indivíduo criminoso, o relativismo almeja propagar-se em todos aqueles que cogitarem praticar o delito. Ao passo que aquela teoria situava-se após o cometimento da ofensa, esta situar-se-ia em momento anterior, antes do próprio agir.

A pena não é simplesmente a retribuição do mal pelo mal, mas o instrumento para prevenir a sociedade do mal. Passa-se, assim, da retribuição para a prevenção, não se justificando a pena por ela mesma, mas pelos reflexos externos que ela possibilita atingir. A legitimidade externa destaca-se da legitimidade interna e a pena ganha a função de impedir novos crimes. A pena passa a ter função social e não mais reprimenda individual.

Não se nega a existência de retribuição. Afinal, a imposição da pena significa a atribuição de castigo ao ofensor. O elo comum das teorias relativas situa-se na compreensão de que a missão da pena não se restringe unicamente em si. Não há dúvida que a pena existe em razão do crime, mas não pode satisfazer-se com a simples punição deste. Antes de punir, sua função deve ser evitá-lo. A pena aqui é erigida sobre fundamentos teleológicos em que a prevenção do delito se sobrepõe a sua retribuição. O pensar acerca do passado, com a prática do crime já realizada, perde espaço para o pensar acerca do futuro, evitando que novos crimes sejam propagados. Tem-se a consciência de que não há como mudar o passado, mas pode-se moldar o futuro. Assim, o castigo estipulado repercute não somente no ofensor, mas em todos que possam vir a sê-lo. O temor ao castigo é fato que previne o surgimento de novos delitos, e, conseqüentemente, previne a própria imposição de novos castigos.

O pensamento de Beccaria, como será visto no próximo capítulo, é a defesa explícita da ótica da prevenção, dando ênfase à proporcionalidade da pena em relação ao crime cometido. Comenta o célebre autor que “entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado” (BECCARIA, 2007, p. 30).

Do mesmo modo que as teorias tidas por retributivistas, em que várias correntes filosóficas são tidas em conjunto para formar o que se conhece como as teorias absolutas da

pena, as teorias relativas também não podem ser enquadradas em apenas uma escola de pensamento. De fato, existem detalhamentos próprios de cada uma das vertentes desse ramo de pensamento. Dessarte, a prevenção passa a ser percebida com duas grandes características, quer em sua forma especial, quer em sua forma geral, dependendo do maior enfoque que se atribua aos destinatários das normas. Frisa-se que a cada uma dessas vertentes, pode-se agregar aspectos positivos ou negativos. Contudo, uma das características mais marcantes de todas essas escolas de pensamento é o fato de apresentarem a concepção da pena como um instrumento em vez de um fim.

A finalidade da pena para o utilitarismo jurídico, representado pelas escolas que defendem a prevenção, é fazer da pena um meio, ao contrário de ser seu próprio fim. Em outros termos, o fim da pena não é elevar a pena a ser fim, senão ser instrumento do fim de prevenir. No dizer de Hobbes, citado por Ferrajoli, “não é necessário preocupar-se com o mal enfim passado, mas sim com o bem futuro, ou seja, não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta” (FERRAJOLI, 2006, p. 241).

### **2.1.3.1 A pena como prevenção geral negativa**

Cediço que a idéia de prevenção é trazida pelas teorias relativas. No entanto, a prevenção ora apresentada é apenas uma das faces de se impedir o surgimento de novos crimes. Possui esta a característica de ser geral em contraposição da prevenção especial. Possui, ademais, a noção negativa de prevenção.

A generalidade de prevenir explica-se por sua destinação a todos os indivíduos, não se limitando unicamente aos acusados reais, senão, alcançando seus efeitos, em especial, sobre os potenciais acusados, ou seja, sobre aqueles que ainda não cometeram o crime. A imposição da pena faz com que se aplique a coação psicológica em todos os indivíduos. O temor de sofrer uma sanção faz com que o ofensor em potencial deixe de ocupar o lugar de agressor ou, simplesmente, racionalize mais antes de cometer o delito. A simples previsão de sanção atinge o psicológico de todo o agrupamento social. Saber que existe uma pena a ser imposta àqueles

que infligirem as condutas toleradas pela sociedade faz com que o ir além dos limites estabelecidos seja questionado antes de ser executado.

Junqueira ressalta que “a pena seria um mecanismo destinado a atuar psiquicamente na generalidade dos cidadãos, que observando a ameaça da sanção, sua efetiva aplicação judicial e execução, restariam afastados da prática criminosa, ou, na concepção acentuada do terror penal referida, a bem se comportarem” (JUNQUEIRA, 2004, p. 59). A sociedade cria o temor para moldar as ações individuais e sujeitá-las ao regramento jurídico institucionalizado pelo ente estatal. O respeito às leis é exacerbado, pois o seu não seguimento implica a aplicação de uma sanção. O medo de se ver envolvido com uma pena previne o cometimento de condutas inapropriadas. Ser geral a prevenção demonstra a possibilidade de sujeição de todos às penas cominadas. A punição implica em obedecer. O temor em receber uma punição é mecanismo suficiente para acionar a obediência de todos para com a lei.

Faz-se importante o esclarecimento de dois planos. Um situa-se na real aplicação da pena; o outro, na efetividade da ameaça da pena. Quando se trata da prevenção, não se esquece do primeiro, mas dá-se maior ênfase para o segundo. A função da pena é outra que não a sua real aplicação. Trata-se da possibilidade da pena em evitar a lesão do bem jurídico protegido pela norma penal. Em outros termos, a existência de previsão sancionatória possui maior carga valorativa que a sua própria aplicação. O psicológico do agente fica condicionado com o temor legislado. O prazer buscado pela possível conduta idealizada passa a significar um possível desprazer, e este desprazer não é aceito pelo agente. A rejeição ao sofrer torna-se muito mais forte que o próprio sofrer. Assim, molda-se a conduta pelo dever ser, muito antes que pelo ser.

Essa dissuasão somente seria obtida se a ameaça de pena fosse de tal tamanho capaz de interferir nas escolhas racionais do potencial ofensor. Caso se mantivesse em um *quantum* abaixo do necessário, o comportamento desviado ainda seria realizado e, de nada adiantaria prever penas, se estas perderiam a sua função essencial de impedir novos crimes. Por esta razão, é que a prevenção aqui tratada passou a dotar-se de característica negativa. Considerando que seu objetivo é dissuadir o comportamento delitivo, corrigindo o corrigível, impedindo que o delito em potencial venha a ganhar corpo na seara da sociedade, mister que o *quantum* de pena previsto fosse grande o suficiente para que todas essas finalidades possam ser atendidas.

Esse caráter negativo explica-se em razão de se negar a possibilidade de ocorrência do próprio delito. A própria deflagração do crime já sinaliza que a prevenção não surtiu os seus efeitos. O agir em crime é explicado pela baixa ameaça da quantidade de pena. A existência da violação da lei, diante de uma teoria de prevenção negativa, significa contradizer a essência dos instrumentos de prevenção do delito. Em outras palavras, apesar do desejo de se impedir a ocorrência do crime, se este vem a ocorrer, de nada valeu os esforços em sentido contrário. Questionamento semelhante é feito por Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 131) para os quais cada novo crime poderia significar a negação cabal de eficácia desta teoria.

*Mutatis mutandis*, a pena em abstrato, descrita e ainda não aplicada, caso fosse estabelecida aquém do necessário teria um duplo efeito prejudicial. Ademais de não prevenir o crime, poderia, inclusive, incentivá-lo. Para essa escola de pensamento, a figura do condenado possui relevância, porquanto se apresenta como um exemplo do que acontece com aqueles que se arriscam a adentrar no campo dos comportamentos proibidos. A penalização severa é essencial para que possa inculcar nos outros o temor de vir a recebê-la. Ao tratar dos reflexos da penalização, estar-se-ia utilizando a figura do condenado como um instrumento para atingir os fins da pena. Destarte, o homem passaria a ocupar uma posição instrumental em relação a todo o processo. Deixa-se de ser um fim em si mesmo para ser um instrumento para atingir o fim da pena. Em relação a essa perspectiva, sofreu essa escola de pensamento severas críticas, por considerar o homem não mais dentro do princípio da dignidade humana.

No entanto, encontra-se, comumente, como conseqüência dessa teoria o chamado direito penal máximo. O exemplo e o temor que se quer obter com a definição do *quantum* de pena deve ser máximo. A maioria dos autores utiliza o termo terrorismo institucionalizado e direito penal do terror para designar as conseqüências dessa concepção. Ora, se o que se quer evitar é a própria ocorrência do delito, a melhor forma de impedi-lo é estabelecendo penas exemplares a todos aqueles que o cometerem. Assim, o medo provocado por tal ameaça impede que a delinqüência se corporifique. Contudo, procedendo assim, estar-se-ia autorizando o Estado a quem todos concedemos parcela de nossas liberdades a atentar desenfreadamente contra a liberdade de seus instituidores, rompendo, pois, com a própria legitimidade do direito penal, de servir como uma garantia limitadora ao poder estatal.

Observações críticas a essa teoria dizem respeito à diferença existente entre os crimes premeditados e os passionais, fazendo com que a eficácia da teoria somente se refira aos primeiros. A cominação de altas penas não conseguiria dissuadir os delitos cometidos sem a prévia meditação acerca da conduta delitiva.

### **2.1.3.2 A pena como prevenção geral positiva**

Assevera-se que não se faz necessário explicitar o termo “geral” desta prevenção, porquanto é equivalente à mesma terminologia apresentada na subseção anterior. Em breves linhas, a generalidade consiste no fato da prevenção ser dirigida indistintamente a todos aqueles que estão submetidos às normas proibitivas da sociedade.

Em relação ao caráter de positividade, faz-se imprescindível maior atenção. Antes de mais nada, cumpre ressaltar que a prevenção positiva tem-se desenvolvido em momento posterior a sua similar negativa, consistindo em uma forma mais moderna de explicação dos fins da pena. A positividade consiste em não mais intimidar o potencial infrator, fazendo-o sujeitar-se às normas pelo temor de seu descumprimento, mas incutir em todos os indivíduos a reafirmação da “consciência social da norma, demonstrando a sua vigência por meio da aplicação penal” (NUCCI, 2005, p. 75).

A proteção quanto à vigência da norma é o ponto central desta teoria. Sem embargo, a grande parte da doutrina estatui a existência de grandes divergências quanto à possibilidade da pena ter outras finalidades ademais desta. Por tal razão, consagrou-se duas vertentes para explicar a prevenção geral positiva, intituladas prevenção geral positiva fundamentadora, defendida, sobretudo, por Welzel e Jakobs, e prevenção geral positiva limitadora, cujos principais expoentes são Hassemer e Roxin.

No tangente à primeira vertente, o fim almejado pela pena é o de confirmar o valor da norma perante todos. Trata-se de um mecanismo de fidelidade em que se busca preservar o regramento antes mesmo de proteger os bens jurídicos. A idéia presente aqui é que aquele que se comporta fora dos padrões desejados traz com o seu agir incentivo para que os demais membros da sociedade passem a imitá-lo. O delito materializa o comportamento desviado e

serve como modelo e incentivo para que novas condutas sejam exteriorizadas perante a comunidade. A pena serve como uma barreira a esse contágio, impedindo que surjam comportamentos desviantes e dissuadindo até mesmo que o primeiro comportamento contrário à normativa vigente seja implantado.

Em melhor explicação, o que a teoria da prevenção geral fundamentadora defende é a utilização da pena como mecanismo de conscientização dos dispositivos normativos vigentes. Reduz-se a carga quanto à intimidação, ao mesmo tempo em que se incrementa a parcela de confirmação das regras. A sutileza consiste em estabelecer um estado de confiança em que o dever de obediência é exacerbado. Não é o temor de uma grande sanção que faz com que se cumpram as regras e não se dê razão a um comportamento desviado. É a crença de que a ordem jurídica não será infringida. A manutenção da vigência normativa sobrepõe-se ao *quantum* da punição. Trata-se da consciência de manutenção da ordem, ao invés de focar-se na desordem.

Azevedo (2005, p. 94) salienta que “enquanto o delito é negativo por violar a norma e fraudar as expectativas sociais de conduta, a pena é positiva por afirmar a vigência da norma”. Assim, temos a explicação para o termo positivo segundo esta corrente. A positividade consiste em afirmar e reafirmar a proteção à vigência da norma que é negada pelo cometimento do delito. Estabelecer a confiança na normativa, assim, passa a ser a principal finalidade da pena para os que defendem a prevenção geral positiva fundamentadora.

Com muita propriedade, Guaragni, ao analisar essa corrente de pensamento, assim conclui:

[...] a teoria de Jakobs acerca da pena é definida como “prevenção geral positiva”: (a) prevenção porque busca associar a pena a todos, “dado que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas podem esperar” – o exercício da confiança na norma faz com que se reforce o modelo geral de conduta como válido, estabilizando-se as expectativas e diminuindo o número de decepções, prevenindo-as; (b) geral, porque opera em relação aos seres humanos em geral – que no seu conjunto compõem o ambiente do sistema social, na terminologia de Luhmann aqui empregada por Jakobs; (c) positiva, porque a aplicação da pena restaura a confiança das pessoas na norma como modelo geral de conduta e, portanto, a validade de suas expectativas normativas (2005, p. 281).

No que se refere à prevenção geral positiva limitadora, encontra-se presente uma outra finalidade ademais de prevenir o crime e de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída. Há o acréscimo aqui de uma limitação ao poder do Estado, ou seja, o *jus puniendi* estatal passa a sofrer limitações advindas de certos princípios como o da ressocialização, o da intervenção mínima, o da culpabilidade e o da proporcionalidade, entre outros.

Azevedo (2005), analisando esta vertente, explicita que do mesmo modo que se dá grande importância para a prevenção de novos delitos, também prepondera aqui a limitação de seus custos, entendidos estes como o princípio do mínimo sofrimento necessário para o ofensor. Ora, a limitação se traduz em pôr as características do ofensor novamente em destaque, o que havia sido colocado de lado pelo aspecto da positividade da corrente. Ferrajoli (2006), no mesmo sentido, destaca o que chamou de mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes. Continua este autor que “se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificam-se somente os meios mínimos, vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais” (FERRAJOLI, 2006, p. 244). Assim, a vertente limitadora traz consigo a proteção da ordem constituída, mas ao invés de autorizar o pleno uso do *jus puniendi* estatal, limita os instrumentos necessários a utilidade de seus fins.

### **2.1.3.3 A pena como prevenção especial negativa**

Diferencia-se esta teoria de suas antecessoras em razão da mudança em seu objeto. As teorias preventivistas apresentadas até então tinham no comportamento criminoso em geral o seu principal propósito. Era todo o comportamento delitivo o que buscavam evitar. A conduta daquele que opta por desviar-se dos padrões permitidos pela sociedade não poderia ser permitida. Assim, a prevenção do crime, para as teorias de prevenção geral, focava na prevenção do agir desconforme ao direito. O fato criminoso sobrepunha-se ao homem criminoso. De fato, o problema estava em prevenir o fazer muito mais que socializar o ser.

Com a mudança de enfoque, dando maior ênfase ao indivíduo, enquanto homem delinqüente, desenvolve-se a teoria da prevenção especial. O “especial”, em contraponto com



o “geral”, situa-se em focar o homem determinado. Ainda aqui, o desejo latente mantém-se em evitar o delito, mas o centro de análise dessa prevenção se traslada do comportamento em geral para o próprio indivíduo. Ora, o deslocamento desse comportamento para o ser enquanto titular da questão significa um passo importante na mudança de pensamento, o que proporciona maior razão à análise da finalidade da pena a ser aplicada ao sujeito. Assim ao considerar que o agir é consequência do ser, a prevenção do agir pressupõe, *a priori*, a concentração da análise no próprio ser, porquanto a causa antecede a consequência.

Assim como a prevenção geral, que possui vertente positiva e negativa, a prevenção especial também ostenta esta dupla composição de pensamento, ora com maior preocupação na neutralização do indivíduo, por meio da prisão, ora mais atento com a reinserção social do ser, enquanto integrante da sociedade.

Atribui-se o aspecto negativo à prevenção especial quando se defende a possibilidade de afastamento deste delinqüente da sociedade. A pena, então, teria um papel de segregação social. Ao contrário da seleção natural de Darwin em que os mais fortes teriam a sua continuidade assegurada, aqui o que vigoraria é uma seleção artificial, em que o Estado impediria a continuidade daquele que transgredisse os padrões aceitos socialmente. A preocupação em prevenir novos delitos tem a sua visão focada na prevenção da reincidência do criminoso. Aquele que já cometeu delitos tem maior probabilidade de vir a cometer outros mais. A única solução seria extirpá-lo, neutralizá-lo, evitando que sequer ousasse cogitar o cometimento de outras atrocidades. O termo inocuização empregar-se-ia perfeitamente aqui. A pena teria esse papel, isto é, a função de evitar que este delinqüente atingisse novamente a sociedade que o acolheu.

Ora, a defesa de tais pensamentos torna-se perigosa, porquanto se legitima a imposição da pena, sem considerar os limites máximos desta. A pena em sua função de segregação social poderia implicar até mesmo a possibilidade de se aplicar a pena de morte. Se o que se deseja é afastar o indivíduo da sociedade, não se poderia dizer que a aplicação da pena capital em casos extremos estaria em desconformidade com o ideal defendido.

As sutilezas de cada uma dessas correntes devem ser consideradas. A preocupação da prevenção especial negativa é prevenir novos delitos na sociedade. Mas seu foco é individualista. Mira sua análise no delinqüente, mas somente pode-se atribuir a característica

do delinqüente àquele que já delinqüiu. Não é difícil perceber que o primeiro crime já foi cometido. A preocupação ocorre a partir do segundo crime. Essa é a principal diferença para a prevenção geral negativa, que tinha seu escopo em prevenir todo e qualquer crime ao determinar suas penas em nível máximo.

O ofensor é aquele que teve, em determinado momento, uma tendência de desvirtuar o seu papel. Foi além do que poderia fazer, invadindo o espaço de quem não poderia invadir. É com este indivíduo que a pena apresentaria a sua função, ao contrário de buscar seus reflexos nos indivíduos indistintamente. A preocupação reside, especificamente, em evitar a reincidência. Assim, é que se legitima segregar aquele que se beneficiou dos prazeres do crime com o desprazer da pena, de tal maneira que o desprazer o retire da sociedade. Não se pretende aqui ressocializá-lo; deseja-se segregá-lo.

Outra observação pertinente é quanto ao limite da pena. A sanção imposta não tem relação com os aspectos da gravidade do delito ou da culpabilidade do agente. Não se consideram as características individuais para a imposição da pena. Por isso, “percebe-se que, com tal idéia – em sua pureza ou entendida como idéia predominante –, é retirado todo vínculo da pena com a gravidade social do fato, ou com a prevalente idéia de culpabilidade que não se identifica com as características da personalidade do sujeito” (JUNQUEIRA, 2004, p. 82). Assim, após o cometimento do primeiro delito, busca-se intimidar o agente para que este não venha mais cometer outros crimes. Na situação na qual a pena capital não lhe fosse imputada, o indivíduo, após receber e cumprir a pena imposta, estaria apto a voltar à sociedade. Logo, com o intuito de evitar que este sujeito viesse a delinqüir novamente, a pena que lhe foi aplicada deveria ser de tal monta que o sofrimento advindo desta causasse a necessária intimidação na prática de novas condutas. Assim, corroborando com o que já foi explicitado, essa corrente de pensamento legitima a ocorrência de desproporcionalidade entre o dano e a pena aplicada.

#### **2.1.3.4 A Pena como Prevenção Especial Positiva**

Do mesmo modo que a anterior teoria, a preocupação maior desta corrente transfere-se para a análise do homem enquanto ser criminoso, que somente se apresenta desta maneira

após a comissão delitiva. A principal diferença situa-se no fato de que ao realizar o seu comportamento desviado, o delinqüente está a dizer para a sociedade não pertencer ao grupo da normalidade, porquanto apenas um ser anormal poderia cometer crimes.

Mantém-se novamente a preocupação em prevenir novos crimes e em focar estritamente a figura do ofensor como o homem delinqüente. Mas ao contrário da anterior visão de que a solução seria extirpá-lo da sociedade, a pena aqui teria um caráter curativo. A sanção aplicada não visa a segregação social. Transfere-se para o sujeito a razão da anormalidade de seu comportamento. É o próprio ofensor que caminha entre os anormais, por ser este também um anormal. A recuperação que propõe esta teoria somente se aplicaria àqueles que não pertencem ao plano da normalidade. O comportamento desviante apenas exteriorizou o que o sujeito já é. E a pena imposta é a consequência imediata da tentativa de estabelecer uma ponte entre um plano e outro. Ao homem delinqüente, doente e criminoso, lhe é possibilitado a chance de se curar e recuperar. E a pena teria, por esta razão, esse papel: ser o tratamento curativo necessário e imprescindível para aquele que vive na anormalidade.

Entende-se aqui que o individuo racional e normal não cometeria crimes. O delito é a representação da anormalidade, do desvio patológico e da doença que não afligiria o sujeito normal, dotado de suas próprias razões.

Apesar de partir de pontos de vista diferentes, incorre esta corrente no mesmo problema que a anterior ao não conseguir estabelecer limites para a imposição da pena. Considerando que o crime é provocado pela anormalidade e que a pena representa o tratamento para esta patologia, o tempo máximo da pena, entendida esta como tratamento, não teria nenhuma relação com a gravidade do delito cometido, mas sim refletiria diretamente o tempo necessário para a cura do anormal. Assim, estar-se-ia legitimando o uso de penas indeterminadas.

Shecaira e Correa Júnior (2002, p. 133) apresentam outros possíveis questionamentos como os chamados crimes passionais. Ora, a passionalidade de tais crimes implica justamente que estes foram executados em situação de anormalidade, o que não faz supor ser o sujeito titular do delito um ser anormal. Possivelmente, seria o contrário, porquanto aquele que violou a normativa vigente o fez imbuído de sentimentos tidos por normais, mas que resultou em ações anormais.

Característica peculiar desta corrente é o fato de que a pena, considerando seu caráter de tratamento da anormalidade, atribui um bem e não um mal ao delinqüente. Assim, curioso concluir que ao mal do delito, oferece-se o lado favorável da pena. Essa visão da finalidade da pena como uma função de reinserção do indivíduo novamente na sociedade pode ser explicada pelo fato de que o Estado em nenhum momento está legitimado a promover o mal aos indivíduos que vivem sob sua égide. Considerando que o Estado é a soma das parcelas de direitos, poderes e liberdades que foram transferidas pelas pessoas quando de sua formação, não foi transmitido ao ente estatal o poder de fazer o mal, pois tal poder sequer pertencia aos sujeitos instituidores do Estado. Logo, o Estado não tem a capacidade de impor uma pena em sentido de atribuir um mal àquele que agride o ordenamento, somente restando fornecer mecanismos que auxiliem o delinqüente a ressocializar-se, a fim de voltar a conviver em sociedade.

#### **2.1.4 A pena segundo as Teorias Unificadoras Aditivas**

As teorias puras até então apresentadas não foram suficientes para explicar as reais finalidades da pena. A solução encontrada para tanto foi somar argumentos, que antes se encontravam dispersos, em um todo harmonioso. Essa soma fez surgir o que ficou conhecido como teoria unificadora aditiva, sendo sua característica principal a ausência de uma única finalidade preponderante para a pena, porquanto cada uma das finalidades somadas possui a mesma hierarquia, cabendo ao julgador, quando da aplicação da lei, discricionariedade suficiente para enfatizar a finalidade que melhor se ajuste ao caso concreto.

A terminologia utilizada para identificar esta teoria não poderia ser mais propícia, porquanto esta concepção estrutura-se sobre as profundas valas demarcadas pelas teorias que lhe precederam, permitindo o convívio, dentro de um mesmo corpo teórico, de teorias retributivistas e utilitaristas da pena. O termo aditivo utilizado em sua terminologia bem demonstra essa junção ao permitir que uma teoria se adicione a outra, sem perder a sua finalidade essencial. Sem embargo, justamente contra esta confluência, Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p. 134) expõe a seguinte crítica: “criticam-se tais teorias sob o argumento de que representam, no mais das vezes, pura justaposição das diversas teorias, destruindo a

lógica imanente a cada concepção, como também aumentando o âmbito de aplicação da pena, convertendo a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma”.

O Código Penal, quando dispõe sobre a aplicação da sanção penal, permite que a pena seja utilizada para fins de reprovação (retribuição), bem como de prevenção, cabendo ao juiz, diante do caso *sub examine*, decidir a concepção que melhor representa a justiça. Neste sentido, *verbis*:

CP, art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifei)

Destarte, como exegese do *caput* do dispositivo precitado, encontra-se permissivo legal para a aplicação no direito penal brasileiro da teoria unificadora aditiva, porquanto a norma, sem estabelecer prioridade quanto às finalidades elencadas, abre espaço ao ente estatal, representado pelo Estado-Juiz, para acossar, quando da aplicação da pena, os fins da reprovação ou os caminhos da prevenção. Somente diante do caso *sub iudice*, o magistrado poderá promover o devido equilíbrio entre estas concepções.

### **2.1.5 A pena segundo a Teoria Unificadora Dialética**

A teoria unificadora dialética busca uma explicação para os fins perseguidos pela pena, através da inter-relação entre a prevenção geral e a especial, moldada nos limites da culpabilidade individual. Percebe-se que a preponderância da finalidade da pena muda de acordo com o momento em análise. Em outras palavras, a finalidade da pena em abstrato, isto é, antes da sua aplicação, não pode se confundir com os fins da pena em concreto, ou seja, quando o julgador impõe a pena ao acusado-condenado. Assim, decompõe-se a influência da pena em três momentos distintos: cominação, imposição e execução da pena, sendo que para

cada momento, torna-se possível estabelecer uma preponderância quanto à determinada justificação. Ressalta-se que as finalidades não podem ser incompatíveis entre si, não havendo lugar para a retribuição.

Assim, conquanto esta corrente, juntamente com a teoria unificadora aditiva, possua seus alicerces na junção de mais de uma vertente para explicar a razão da pena, a teoria unificadora dialética difere da anterior devido a prevalência das teorias prevencionistas, não se admitindo que a retribuição pudesse ser utilizada para explicar o fim da pena.

Teles explicita que:

[...] a pena criminal – bem delimitada – só pode ter como primeira finalidade a prevenção geral. Abstratamente, intimidar a generalidade das pessoas com o fim de prevenir as lesões mais graves aos bens mais importantes. Sendo o objetivo do Direito Penal a proteção de apenas alguns bens, os mais importantes, de apenas algumas formas de lesões, as mais graves, então é claro que a criação dos crimes, com a cominação das penas, tem como fundamento prevenir, de modo geral, a ocorrência desses ataques. Nesse sentido, admite-se a prevenção geral, mas, é claro, apenas para as lesões mais graves aos bens mais importantes. Num segundo momento, quando falha a prevenção geral, a pena é concretizada ao infrator culpado pelo fato cometido, que deverá suportar o mal porque, como membro da coletividade, deve responder por seus atos, na medida da sua responsabilidade. Serve a pena, então, falhada a prevenção geral, não só para proteger os bens jurídicos mais importantes das lesões mais graves, de modo geral, mas também, a partir da violação do preceito, para prevenir a continuidade do indivíduo na atividade agressiva dos bens jurídicos mais importantes, observado, é claro, o limite da responsabilidade individual do criminoso. Ocorre, aqui, a dita prevenção especial (2004, p. 51).

Deste modo, busca-se unificar as duas vertentes da teoria prevencionista da pena, ao aceitar que tanto a concepção geral quanto a especial são necessárias, complementares e suficientes para explicar a pena *in abstracto* e a pena *in concreto*. O momento de cominação da pena é aquele em que o legislador, representante da sociedade, coíbe as condutas que a sociedade não está disposta a aceitar. Ao proibir ações, está a cominar penas, como instrumento coercitivo daquelas. Esta sanção é chamada de pena *in abstracto*, pois há mera expectativa de sua aplicação, que somente irá ocorrer se alguém optar pela prática delitiva. Assim, a pena teria, prevalentemente, uma finalidade preventiva geral, pois visa a proteger

toda a sociedade, prevenindo qualquer espécie de ato criminoso. A fim de diferenciar-se da teoria preventiva pura que tenderia a cominar penas exageradamente elevadas para dissuadir as práticas não desejadas socialmente, desenvolve-se um limitador baseado na culpabilidade do agente. Desta maneira, a culpabilidade seria pressuposto para a prática do crime, mas também seria limitador para a imposição da sanção penal.

Conquanto o crime ocorra apesar da existência de previsão legal acerca da sanção penal aplicada, a pena, quando de sua utilização *in concreto* diante do condenado, terá preponderantemente uma vertente preventiva especial, porquanto visa a um agente específico. Assim, a imposição da pena tende a ser proporcional à culpabilidade daquele que optou por transgredir o preceito proibitivo legal.

Continua Teles (2004, p. 51), na explicação do terceiro momento de finalidade da pena, qual seja, o da execução da pena, que “só faz sentido a pena que tiver como finalidade educar o homem que delinqüiu, para mostrar-lhe a importância e as vantagens do respeito aos bens alheios, de modo que, apreendendo novos conceitos, possa voltar a viver em liberdade”. Ora, diante da execução da pena, esta também teria um fim, que se diferenciaria dos anteriores, porém não a tal ponto de torná-los incompatíveis entre si. Boschi (2002, p. 125) afirma que “a execução só se legitima quando assentada na idéia da ressocialização”. Isso se explica, com fulcro na prevenção especial positiva, em que a pena tem como fim a preparação do condenado para uma nova vida em sociedade, com respeito ao ordenamento jurídico.

Assim, conclui Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p.134) que “a função da pena e, conseqüentemente, do Direito Penal, é a de proteção subsidiária de bens jurídicos, mediante prevenção geral negativa na cominação da pena; prevenção geral e especial na aplicação da pena, limitada pela medida da culpa; e prevenção especial na execução da pena”.

Até o presente momento, buscou-se deixar o mais claro possível a diversidade de fundamentos existentes para a sanção penal. Cediço que, durante a história da humanidade, muitas foram as justificativas utilizadas para se impor severos castigos aos homens. Concluiu-se o capítulo, frisando que as duas grandes justificativas para a existência das sanções penais, das quais a grande maioria das explicações é extraída, consistem nas teorias retributivistas e preventivistas da pena, é dizer, residem sobre o juízo da reprovação ou o fim da prevenção. Procurou-se apresentar maiores detalhes, no intuito de que a base ficasse consolidada.

### 3 O modelo econômico do crime

O objetivo do capítulo anterior está alicerçado na apresentação das diversas teorias que investigam as finalidades das penas. De fato, procurou-se por em evidência as razões pelas quais são utilizados mecanismos de coerção social contra aqueles que praticam uma conduta proibida e prevista em lei. Tamanha é a significância da penalidade instituída *ope legis*<sup>19</sup> que as breves linhas que antecederam o presente capítulo podem não ter sido capazes de assim revelar. No entanto, antes de aqui continuar, cumpre expender que a pena imposta ao indivíduo representa muito mais que uma resposta à escolha individual. Em realidade, trata-se de permissão a que um terceiro - no caso, o Estado-Juiz - invada o âmbito individual, restringindo um dos maiores bens privados, qual seja a liberdade, e repercutindo no patrimônio daquele que foi condenado, com o objetivo de fazer cumprir a sanção pré-existente no ordenamento penal.

A intenção do presente capítulo é apresentar o instituto da pena como um instrumento que possui o Estado de moldar o comportamento do indivíduo, inibindo que este venha a delinquir. Em outros termos, a pena aqui é utilizada como importante mecanismo da teoria economicista do crime. Para tanto, faz-se uso de algumas teorias desenvolvidas, sobretudo, a partir da segunda metade do século XVIII, bem como alguns modelos econômicos formulados na segunda metade do século XX. Considerando que o campo de análise proposto visa a uma inter-relação entre as ciências econômicas e as jurídicas, tendo como ponto de referência o instituto da pena, não será abordado neste trabalho estudos outros que tratam das biological theories, sociological theories, learning theories ou labeling theories, apesar de reconhecer a importância de cada uma destas teorias para a explicação do crime.

Entre os primeiros estudos acerca das penas com a finalidade da prevenção de crimes e os estudos econômicos sobre a dissuasão dos delitos, situa-se lapso temporal considerável de quase dois séculos. É a partir da obra de Gary Becker, em 1968, que as ciências econômicas aproximam-se, em definitivo da análise do crime, sob a ótica das teorias preventivistas tratadas no capítulo anterior.

---

<sup>19</sup> Significa por força da lei.



Becker (1968) expende que os assuntos atinentes ao estudo do crime foram negligenciados pela quase totalidade dos economistas, embora a indústria do crime movimentasse percentuais consideráveis da própria renda nacional estadunidense. Estimou o autor, para o ano de 1965, que em torno de 4% da renda nacional dos Estados Unidos estava intimamente relacionada ao crime, quer seja como gasto para preveni-lo, quer seja como danos ocasionados pelos delitos.

Considerando que a teoria economicista de Becker se baseia na teoria preventivista da pena, e esta se estrutura sobre os fundamentos da Escola Clássica da Criminologia, cujos expoentes máximos são Beccaria e Bentham, faz-se mister o exame do pensamento destes autores, antes da análise do modelo básico economicista do crime. Ainda cumpre asseverar, acima de tudo, que a análise econômica do crime se baseia na teoria da escolha racional derivada desta mesma escola clássica, é dizer, pressupõe uma análise de custo-benefício.

### **3.1 A teoria de Cesare Beccaria**

A obra de Beccaria foi extraordinariamente importante na segunda metade do século XVIII, tendo tido seu valor reconhecido pelos principais representantes do iluminismo francês da época. Publicado em 1764, Beccaria dava a luz a vertente preventivista da pena. Sua insurgência manifestava-se contra as leis injustas, fruto do acaso e do momento, que não tinham a real intenção de conduzir a sociedade ao bem-estar que lhe era de direito. Sublevava-se contra “o velho acervo de opiniões que uma grande parte da Europa honrou com o nome de leis; (...) que não passa de produção monstruosa dos séculos mais bárbaros” (BECCARIA, 1764/2007, p. 5). Percebeu “que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria” (BECCARIA, 1764/2007, p. 7).

Beccaria (1764/2007) observou que, apesar do crescimento econômico que a Europa desfrutava, com o aumento considerável do comércio e da industrialização, as leis penais até então adotadas ainda eram resquícios de outros tempos, em que o processo criminal e a

própria cominação das penas caracterizavam-se pela irregularidade e incerteza. Advertia que o processo penal era falho e que muitas sanções eram aplicadas sem a devida apreciação das provas, o que agravava ainda mais a situação daqueles que deveriam neste processo se submeter, porquanto a incerteza de todo o procedimento e da penalidade aplicada gerava imensurável insuportabilidade para o condenado.

Diante deste ambiente, o ilustre filósofo propõe-se a analisar os distintos tipos de delitos e as penalidades para eles cominadas. Sabe-se que a origem das nações é explicada pelo estabelecimento de leis criadas pelos homens que organizavam os liames necessários ao convívio social. Antes do Estado, a liberdade dos indivíduos arrojava-os a constantes incertezas, guerras e disputas. Com a formação do ente estatal, a lei penal passou a ser o pilar de manutenção da ordem interna, porquanto estabelecia sanções contra aqueles que infringissem as regras estabelecidas e aceitas por todos. Dessa maneira, o fundamento do direito de punir consistia na anuência de que a imposição de penas era necessária para a manutenção de um convívio social. No entanto, Beccaria (1764/2007) percebia que esse *jus puniendi* não poderia ser ilimitado, devendo-se restringir à porção de liberdade abdicada dos indivíduos quando da formação do Estado nacional. Assim, aquilo que ultrapassasse os confins do justo não poderia ser tolerado, em razão de não mais ser legítimo.

Considerando que compete ao legislador estabelecer as leis, e em especial, as leis penais, somente a ele lhe foi outorgada a competência de punir seus semelhantes, não se podendo permitir ao magistrado, quando da aplicação destas mesmas leis diante do caso concreto, a possibilidade de exceder na determinação do *quantum* de pena a ser imposto ao condenado. Assim como Montesquieu, o pensador italiano entendia ser necessária uma divisão entre os poderes, relegando para o poder judiciário o lugar de terceiro imparcial, cuja função precípua seria aplicar o direito, ao invés de interpretá-lo livremente, evitando viciar com imprecisão e incerteza todo o processo.

Dessa maneira, conclui Beccaria (1764/2007, p. 12) que “com leis penais executadas à letra, cada cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderá desviá-lo do crime. Gozará com segurança de sua liberdade e dos seus bens; e isso é justo, porque é esse o fim da reunião dos homens em sociedade”. Continua seu argumento, explicitando que “(...) não se pode duvidar que no

espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloqüência das paixões” (BECCARIA, 1764/2007, p. 13).

O tipo de pena contra a qual o filósofo se insurgia constituía-se em sanções penais que possuíam um caráter de vingança coletiva. A idéia que imperava naquele tempo era de que se deveria aplicar aos crimes uma pena mais severa e prejudicial que o próprio dano por ele provocado. Em sua análise, afirmou que a prisão, como estava alicerçada, era “antes um suplício que um meio de deter um acusado” (BECCARIA, 1764/2007, p. 15). Diante dessa severidade, o autor analisou práticas de torturas, penas de morte e prisões desumanas, acusações secretas e a inexistência de instituições que permitissem ao acusado exercer uma ampla defesa e um contraditório.

Para ele, as penas têm como fim impedir que o criminoso condenado volte a novamente delinquir, ao mesmo tempo que dissuade outros potenciais infratores a aventurarem-se no *iter criminis*. Assim, em sua obra, explicita que:

[...] os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado” (BECCARIA, 1764/2007, p. 30).

Ora, uma menor crueldade na imposição das penas implica adotar uma maior proporcionalidade destas em relação ao delito praticado. O *quantum* de sanção penal deveria ser fixado segundo a lei, dentro da proporcionalidade dos danos provocados com a prática dos delitos, devendo sua aplicação ser realizada com presteza, a fim de produzir em toda a sociedade a inexistência de dissociação entre crime e castigo. Entende que a pena que ultrapassasse essa proporção seria injusta e tirânica, porquanto “para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime” (BECCARIA, 1764/2007, p. 31). Aos crimes mais graves, deve-se impor penas mais severas, ao passo que aos de menor gravidade, as penas a estes devem ser proporcionais, caso contrário não se distinguiria um crime de outro e o potencial criminoso iria optar, diante de penas severas iguais, pelo que lhe acarretasse maior vantagem. A medida do delito, portanto, deveria corresponder ao dano causado à sociedade. Assim, a inexistência

de proporção entre as penas e os delitos impediria que as sanções penais cumprissem sua função, qual seja, a de prevenir o crime.

Aduziu que a finalidade da pena seria satisfeita não pela severidade de sua aplicação, senão pela certeza de que associado a cada crime, impor-se-ia uma determinada sanção. Analisando esta certeza de punição, asseverou que “a perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade” (BECCARIA, 1764/2007, p. 40).

Em face do exposto, desvela-se de muita importância que as ofensas criminais fossem previamente definidas pela lei, e não pela vontade do juiz, devendo esta lei estar escrita de maneira que todos possam compreendê-la. Sendo assim, cada um saberia de antemão se os atos que desejam cometer são constitutivos ou não de delitos. Do mesmo modo, sustentou Beccaria (1764/2007) que as penas cominadas na lei fossem proporcionais aos danos causados à sociedade, devendo ser o estritamente necessário para evitar que o criminoso fosse reincidente. Ao mesmo tempo, as penas deveriam servir para dissuadir a ocorrência do crime em geral.

Analisando a obra de Beccaria, Barnes (1924, p. 604) assim explicita “(...) to this most advanced reformer of the age the ideals were an exact apportioning of the punishment to the crime and the provision of swift and sure justice as a deterrent to crime”. Em outras palavras, Beccaria acreditava que um meio eficiente para prevenir a atividade criminosa era a certeza da punição, a qual deveria ser imposta quando da prática do crime.

A principal finalidade da pena era a de prevenir o comportamento ilícito, determinando-se previamente a sanção penal a fim de que o potencial delinqüente, ante a possibilidade de punição, deixasse de premeditar sobre a prática do crime. Por esta razão, a teoria desenvolvida por Beccaria enquadra-se nas teorias relativas da pena. Assim, “é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida” (BECCARIA, 1764/2007, p. 67).

### 3.2 O Utilitarismo

As raízes da doutrina ética desenvolvida na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, intitulada Utilitarismo, situam-se alguns séculos antes de Jeremy Bentham ter escrito “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”. A gênese do princípio utilitarista desenvolvido em 1781, já havia sido abordada por filósofos gregos, sobretudo, aqueles considerados hedonistas, que acreditavam que o prazer e a busca pela felicidade eram os elementos que faziam mover o agir humano.

Longos séculos se seguiram após a filosofia hedonista até o ressurgimento de estudos acerca do prazer como propulsor da ação individual. Tem-se em Claude A. Helvétius, no século XVIII a redescoberta da análise acerca da posição do prazer dentro do universo moral. Assim como o universo físico possui suas próprias leis, o universo moral era regido pela lei do interesse, em que a busca pelo prazer e a abnegação da dor moldavam o caminho a ser perseguido em prol da felicidade. Helvétius (1758/2007), ao analisar as diferentes acepções do espírito, sabia que seu estudo estava unido às questões atinentes ao conhecimento do coração e das paixões dos homens. No prefácio de sua obra “De l'esprit” já assim se manifestou o autor:

[...] la connoissance de l'esprit, lorsqu'on prend ce mot dans toute son étendue, est si étroitement liée à la connoissance du coeur et des passions de l'homme, qu'il étoit impossible d'écrire sur ce sujet, sans avoir du moins à parler de cette partie de la morale commune aux hommes de toutes les nations, et qui ne peut avoir, dans tous les gouvernements, que le bien public pour objet (HELVÉTIUS, 1758/2007, p. 1).

Antecipando o que seria desenvolvido por Bentham alguns anos após, expõe Helvétius que os indivíduos se movimentam na busca da satisfação de seus prazeres, “d'ailleurs, les gens du monde étant, en général, fort au-dessus des besoins, et n'en ayant presque point d'autre à satisfaire que celui du plaisir” (HELVÉTIUS, 1758/2007, p. 65).

Cerca de 20 anos se passaram entre a obra de Helvétius e a publicação dos estudos de Bentham acerca da moral e da legislação. Em sua obra, percebe-se a influência exercida pelos

pensadores que o antecederam, sobretudo, o pensamento de Helvétius e de Beccaria. Atribui-se a Bentham a criação do princípio utilitarista, conquanto as idéias em que se baseia o utilitarismo já haviam sido iniciadas muito tempo antes, sem contudo, obter um verdadeiro corpo científico. Dessa maneira, estreme de dúvidas que Jeremy Bentham foi o grande desenvolvimentista do princípio utilitarista. Stuart Mill continuou a análise do Utilitarismo no século seguinte e as influências de Bentham ainda se sentiriam no desenvolvimento da teoria economicista do crime, no século XX.

Ao analisar o fazer, pensar e agir humano, Bentham (1781/2000) percebeu que associado à ação de cada indivíduo, estava presente dois impulsos básicos que durante toda a história da humanidade guiaram o comportamento dos homens. Desta maneira, expende que, ao optar por realizar determinada conduta, o indivíduo age no sentido de revelar suas preferências e estas sempre estão associadas à combinação inversa do prazer e da dor. O prazer é o elemento que os indivíduos desejam obter. E a dor, a parcela que preferem mantê-la reduzida ou afastada. Assim, a conduta escolhida tende ao fornecimento de uma maior quantidade de prazer e uma menor quantidade de dor. Esses dois elementos, segundo esse autor, jamais podem ser dissociados do indivíduo, porquanto fazem parte da própria natureza humana. Dessarte, explicita em sua obra que a “nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. (...) They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it” (BENTHAM, 1781/2000, p. 14).

Assim, agregada a esses dois elementos, desenvolve o filósofo a idéia da Utilidade como sendo o princípio que baliza todo o agir humano em relação à felicidade. Explica Bentham (1781/2000) que o princípio da utilidade está presente em qualquer que seja a situação, tanto no comportamento individual quanto na conduta coletiva, haja vista que toda a conduta proveniente de uma comunidade tem como tendência a procura do bem em detrimento do mal, considerando o mal como a dor e o bem como o prazer.

Pertinente observação é realizada por Stuart Mill (1863/2007) ao esclarecer que tipo de felicidade faz alusão o utilitarismo. Explica que “a felicidade à qual se referiam não era de uma vida de êxtase; mas momentos de êxtase, em uma existência feita de poucas dores transitórias, de tantos e vários prazeres, com uma predominância clara do ativo sobre o

passivo, e fundada, no conjunto, sobre o fato de não esperar da vida mais do que ela é capaz de conceder” (STUART MILL, 1863/2007, p. 29).

A propósito, assim conceitua Bentham o princípio da utilidade e o elemento formador desse princípio, é dizer, a própria utilidade:

By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness.

(...)

By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered.

(...)

An action then may be said to be conformable to then principle of utility, or, for shortness sake, to utility, (meaning with respect to the community at large) when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it (BENTHAM, 1781/2000, p. 14-15).

Assim, para Bentham, a utilidade envolve um duplo sentido. Não é simplesmente a busca pela felicidade e pela satisfação, senão também a consideração de que a prevenção à infelicidade também é considerada pelo princípio da utilidade. Por esta razão, expressamente, aduz que a utilidade também significa “to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered” (BENTHAM, 1781/2000, p. 15).

No mesmo sentido é a fundamentação de Stuart Mill ao considerar que a Utilidade ou a Felicidade é a norma fundamental da conduta humana. Argüi que “uma vez que a utilidade inclui não unicamente a busca da felicidade, mas a prevenção ou lenitivo para a infelicidade, e se a primeira meta é utópica, haverá ampla oportunidade de ação e necessidade mais imperativa para a última” (STUART MILL, 1863/2007, p. 28).

Assim, a utilidade expressa a tendência de se buscar o bem, ao mesmo tempo que se previne do mal, ou na terminologia de Bentham, buscar o prazer e procurar evitar a dor. Ocorre que a utilidade não está presente somente na conduta dos homens, mas também na conduta do governo quando estabelece a ordem jurídica para a sociedade. Assim, o legislador

ao estabelecer as leis deve ter em mente que o malefício que irá provocar ao regular determinada conduta deve inibir o malefício maior que resultaria dessa conduta se inexistente a lei que a regulasse.

Esclarece Bentham que a Moral e a Política, em essência, possuem o mesmo objetivo, é dizer, ambas têm como escopo a perseguição da felicidade. Bentham sustenta que o objetivo do governo é promover a felicidade da sociedade a qual representa, por meio de um mecanismo de recompensas e punições. A felicidade deve ser buscada pelo legislador ao exercer a sua atividade precípua. Por consequência, esta felicidade também é o objetivo do governo ao permitir que normas sejam criadas para regular as condutas na sociedade. Nítida é a posição assumida por ele acerca da função legislativa, especialmente quando expende que “the happiness of the individuals, of whom a community is composed, that is their pleasures and their security, is the end and the sole end which the legislator ought to have in view: the sole standard, in conformity to which each individual ought, as far as depends upon the legislator, to be made to fashion his behaviour” (BENTHAM, 1781/2000, p. 27).

Atribui-se a Bentham a formulação do princípio do maior bem estar para o maior número possível de cidadãos. Dessa maneira, inclina a sua preferência para a obtenção de uma maior quantidade de prazer. No entanto, em situações em que se apresentam diferentes tipos de prazeres e dores que poderiam ser perseguidos ou evitados, propõe Bentham alguns critérios que permitem classificar esses dois conjuntos de elementos, fazendo com que a sociedade possa alcançar a maior felicidade.

Dessa maneira, o valor do prazer e o desvalor da dor podem ser medidos por meio de sete critérios, os quais denomina de circunstâncias. Assim, a gradação do prazer e da dor depende de sua intensidade, duração, certeza ou incerteza, distanciamento ou proximidade, fecundidade, pureza e extensão. Trata-se do que se acostumou a chamar de aritmética dos prazeres, porquanto os critérios por ele previstos discorrem acerca de um cálculo moral.

Assim, apresenta Bentham a sua tentativa de agregar prazeres e dores entre si, reduzindo os primeiros dos segundos e observando a qual tendência, de prazer ou de dor, a conduta iria se inclinar. Expomos neste trabalho tal como foi formulado em sua obra:



To take an exact account then of the general tendency of any act, by which the interests of a community are affected, proceed as follows. Begin with any one person of those whose interests seem most immediately to be affected by it: and take an account,

1. Of the value of each distinguishable pleasure which appears to be produced by it in the first instance.
2. Of the value of each pain which appears to be produced by it in the first instance.
3. Of the value of each pleasure which appears to be produced by it after the first. This constitutes the fecundity of the first pleasure and the impurity of the first pain.
4. Of the value of each pain which appears to be produced by it after the first. This constitutes the fecundity of the first pain, and the impurity of the first pleasure.
5. Sum up all the values of all the pleasures on the one side, and those of all the pains on the other. The balance, if it be on the side of pleasure, will give the good tendency of the act upon the whole, with respect to the interests of that individual person; if on the side of pain, the bad tendency of it upon the whole.
6. Take an account of the number of persons whose interests appear to be concerned; and repeat the above process with respect to each. Sum up the numbers expressive of the degrees of good tendency, which the act has, with respect to each individual, in regard to whom the tendency of it is good upon the whole: do this again with respect to each individual, in regard to whom the tendency of it is good upon the whole: do this again with respect to each individual, in regard to whom the tendency of it is bad upon the whole. Take the balance which if on the side of pleasure, will give the general good tendency of the act, with respect to the total number or community of individuals concerned; if on the side of pain, the general evil tendency, with respect to the same community (BENTHAM, 1781/2000, p. 32-33)

Assim, expõe Bentham que do mesmo modo que a Moral, a Política também deve ter em mente o princípio da utilidade, devendo ser o objetivo do legislador a busca pela felicidade daqueles que representa. O princípio da utilidade deve estar presente quando se formula as leis que regulam os comportamentos individuais, em especial as leis penais. O legislador quando vislumbra a necessidade de determinada lei com o intuito de limitar certas condutas deve antes fazer o cálculo moral, a fim de constatar que as leis que passarão a existir proporcionam maior prazer para a sociedade que a conduta que se pretende ver restringida.

As leis devem buscar a promoção da felicidade através de mecanismos de punição e recompensa. As idéias fundamentais extraídas desta obra levam-nos a um campo em que o direito criminal é utilizado em sintonia com o princípio do utilitarismo. A utilidade da pena

consiste em inibir que o delinqüente cometa novos crimes, de maneira a prevenir as infrações penais na sociedade. Assim, aduz que “his first, most extensive, and most eligible object, is to prevent, in as far as it is possible, and worth while, all sorts of offenses whatsoever: in other words, so to manage, that no offense whatsoever may be committed” (BENTHAM, 1781/2000, p. 140).

Bentham (1787/2000) considerava que todo o ato humano deveria ser primeiro avaliado em termos de suas conseqüências, cujos efeitos causariam “prazer” ou “dor” a seus praticantes. Para dissuadir um crime, a quantidade de “dor” derivada do ato proibido deveria ser maior do que a quantidade de “prazer” originada deste. Consciente de que muitas vezes, não é possível dissuadir toda a espécie de crime, opta por dissuadir o que provoca maior quantidade de dor na sociedade. Neste sentido, “but if a man must needs commit an offense of some kind or other, the next object is to induce him to commit an offense less mischievous, rather than one more mischievous: in other words, to choose always the least mischievous, of two offenses that will either of them suit his purpose” (BENTHAM, 1781/2000, p. 140).

A análise da pena em relação ao princípio da utilidade passou a ser um tema essencial em seu estudo, porquanto a pena é o instrumento que possui o legislador para interferir no cometimento de determinadas condutas que são consideradas como indutoras de dor na sociedade. Dessarte, estabeleceu Bentham (1781/2000) um conjunto de regras que deveriam ser seguidas quando da confecção das leis, a fim de oferecer uma proporção adequada entre as penas e os crimes cometidos. São elas:

Rule 1. (...) The value of the punishment must not less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offense.

Rule 2. (...) The greater the mischief of the offense, the greater is the expense which it may be worth while to be at, in the way of punishment.

Rule 3. (...) Where two offences come in competition, the punishment for the greater offence must be sufficient to induce a man to prefer the less.

Rule 4. (...) The punishment should be adjusted in such manner to each particular offence, that for every part of the mischief there may be a motive to restrain the offender from giving birth to it.

Rule 5. (...) The punishment ought in no case to be more than what is necessary to bring it into conformity with the rules here given.

Rule 6. (...) That the quantity actually indicted on each individual offender may correspond to the quantity intended for similar offenders

in general, the several circumstances influencing sensibility ought always to be taken into account.

Rule 7. (...)To enable the value of the punishment to outweigh that of the profit of the offense, it must be increased, in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of certainty.

Rule 8. Punishment must be further increased in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of proximity.

Rule 9. Where the act is conclusively indicative of a habit, such an increase must be given to the punishment as may enable it to outweigh the profit not only of the individual offence, but of such other like offenses as are likely to have been committed with impunity by the same offender.

Rule 10. When a punishment, which in point of quality is particularly well calculated to answer its intention cannot exist in less than a certain quantity, it may sometimes be of use, for the sake of employing it, to stretch a little beyond that quantity which, on other accounts, would be strictly necessary.

Rule 11. In particular, this may sometimes be the case, where the punishment proposed is of such a nature as to be particularly well calculated to answer the purpose of a moral lesson.

Rule 12. (...)In adjusting the quantum of punishment, the circumstances; by which all punishment may be rendered unprofitable, ought to be attended to.

Rule 13. (...)Among provisions designed to perfect the proportion between punishments and offences, if any occur, which, by their own particular good effects, would not make up for the harm they would do by adding to the intricacy of the Code, they should be omitted (BENTHAM, 1781/2000, p. 141-145).

Pela análise das regras estabelecidas por Bentham (1781/2000), percebe-se que o castigo mais severo deveria ser limitado pelo contrato social, de modo que ninguém poderia ser levado a concordar com a possibilidade de receber excessivamente um castigo cruel. Nucci (2005, p. 69) afirma que “para Bentham a pena tinha a função de prevenção particular, que se aplica ao delinqüente individual, e a prevenção geral, que se aplica a todos os membros da comunidade”. Dessa maneira, os ensinamentos da Escola Clássica foram fundamentais para explicar a teoria relativa da pena, ao mesmo tempo que serviu como fundamento teórico da teoria economicista do crime.

### **3.3 A escolha racional**

Um outro fundamento pelo qual se baseia o modelo economicista básico do crime é a teoria da escolha racional. Tal teoria é derivada, sobretudo, do modelo de utilidade esperada. Por esta teoria, a problemática envolvendo a conduta do criminoso passou a ser analisada em termos de escolhas e decisões, é dizer, o exame de como se dá o processo de tomada de decisões acerca de cometer ou não um ato criminoso. Akers (1990), analisando a escolha racional sob a ótica do crime, expende que tanto a teoria da prevenção do crime quanto a teoria da escolha racional assumem que a prática de condutas se fundamenta na tomada de decisões racionais, que são percebidas pela ótica da conseqüência atrelada a cada ação. Assim, o agente, observando as possíveis conseqüências advindas de atos, somente praticará aquela ação determinada se perceber que de sua ação advindirá o máximo de benefício para si. Argüi Akers que “the rational choice theory posits that one takes those actions, criminal or lawful, which maximize payoffs and minimize costs” (AKERS, 1990, p. 654).

Cumprir esclarecer que a teoria da escolha racional, conquanto derivada do modelo de utilidade esperada, não se confunde com a teoria preventivista da pena. Em verdade, estas teorias tomadas em conjunto fundamentam o modelo economicista do crime, desenvolvido a partir do trabalho de Becker (1968). No entanto, faz-se necessária pertinente distinção. Na teoria da prevenção da pena, o ponto nevrálgico localiza-se no temor de uma possível aplicação da pena cominada. É este temor que desloca a conduta em outro sentido, é dizer, no sentido contrário ao cometimento delitivo. *Mutatis mutandis*, na teoria da escolha racional, este agente faz um cálculo de custo e benefício ou uma função de utilidade esperada, afastando-se da prática de uma determinada conduta se os malefícios que dela derivarem forem maiores que os benefícios que dela advierem. Assim, a previsão de sanção criminal contra determinada conduta faz o agente internalizar em seu cálculo racional o temor de vir a sofrer o *quantum* de pena determinado. Embora próximas nas conseqüências, ambas as teorias diferem um pouco em suas concepções.

Faz-se necessário asseverar que a teoria da escolha racional não pode ser entendida como um único modelo teórico ao longo do tempo. Na realidade, Ward, Stafford e Gray (2006) identificam diferentes versões de escolha racional que são utilizadas nos estudos acerca da dissuasão dos delitos. Explicam que uma das versões, é dizer, a mais antiga versão da teoria da escolha racional, baseia-se em uma análise prévia de custo e benefício que o agente realiza antes da prática da conduta, maximizando os benefícios e minimizando os custos. Por sua vez, a nova versão da escolha racional considera que o indivíduo não possui

todas as informações para o seu cálculo racional, agindo de acordo com a percepção de que possa auferir maior satisfação com o seu cometimento. Felson (1993) aduz, em relação a essa racionalidade limitada que “offenders may think but not necessarily with great care, “satisficing” (...) rather than “maximizing” in the older utilitarian sense” (FELSON, 1993, p. 1497). Neste sentido, “the old version of rational choice theory is that people engage in conscious and deliberate cost-benefit analysis such that they maximize the values and minimize the costs of their actions. The new version of rational choice theory is that people intuit the values and costs of an action, but because they are imperfect processors of information, they pursue what they perceive as most satisfying” (WARD; STAFFORD; GRAY, 2006, p. 571).

Segundo a mais antiga vertente da teoria de escolha racional, que é derivada do arcabouço teórico desenvolvido pelo utilitarismo, o indivíduo criminoso irá agir após uma consciente e deliberada reflexão, ponderando os custos e os benefícios envolvidos com o crime. Desta maneira, a cominação de pena é essencial para que esta análise possa ser realizada. Assim, dois elementos estão na base dessa concepção. O primeiro refere-se à determinação prévia da pena. Sem o conhecimento acerca da penalidade envolvida com a prática de determinada conduta não é possível a realização dos cálculos racionais. O segundo elemento condiz com o fato de que, segundo esta visão, o homem racional consegue realizar tal cálculo, maximizando seus benefícios e reduzindo os custos envolvidos. Consoante esta concepção, o agente possui liberdade em suas escolhas e conhecimento acerca das conseqüências de suas opções de conduta.

Por outro lado, na segunda metade do século XX, ganha impulso estudos envolvendo uma nova análise da escolha racional, sobretudo com os trabalhos de Simon. Segundo esta concepção, as pessoas são processadoras imperfeitas de informação e atuam com o intuito de satisfazer, ao invés de maximizar seus ganhos. Assim, segundo esta concepção, os agentes também percebem que suas ações ocasionarão mudanças no balanço de ganhos, contudo não conseguem realizar os cálculos de maximização defendidos pela antiga versão da teoria da escolha racional. Ward, Stafford e Gray (2006, p. 572) asseveram que “the assumption of maximizing is rejected and replaced by such alternative assumptions as satisficing and bounded or situational rationality”. Felson (1993, p. 1497), no mesmo sentido, expressa que “the old-time utilitarian implication that punishment is the key to crime prevention is not

embraced by new rational choice criminologists, who are strongly inclined to ‘situational prevention’ or ‘design out crime’”.

Segundo esta concepção, o criminoso basear-se-ia muito mais em sua intuição e nas informações parciais que possui, e não com a preparação premeditada em direção ao ato ilícito. Assim, “offenders see themselves as making their illegal choices in very informal ways, based on intuition more often than cogitation, on casual and brief discussions rather than extensive ones” (FELSON, 1993, p. 1498). Dessa maneira, o agente também seria influenciado por outras variáveis não-rationais, porquanto as lacunas de informação seriam preenchidas por sua capacidade de pressentir.

Embora alguns modelos economicistas têm sido desenvolvidos utilizando-se da nova versão acerca da escolha racional (WARD; STAFFORD; GRAY, 2006), o modelo apresentado neste trabalho baseia-se na antiga versão utilitarista da escolha racional, com fulcro na análise de custo-benefício. Dessa maneira, considera-se a teoria da escolha racional como aquela em que o agente ofensor tem o poder de tomar decisões e as toma, por meio de um comportamento racional, em que o crime se apresenta como mais uma oportunidade de conduta. Assim, quando tratada da racionalidade do agente, deve-se entender a versão mais antiga desta teoria.

### **3.4 O modelo econômico de Gary Becker**

Estreme de dúvidas que as teorias economicistas ganharam grande impulso com o trabalho pioneiro de Gary Becker (1968). Apesar de alguns outros estudos acerca da análise econômica do crime terem sido realizados em anos anteriores<sup>20</sup>, os trabalhos que se seguiram após a década de 60 são uníssonos em afirmar a excepcional importância da obra de Gary Becker sobre a abordagem econômica do crime e das penas. Este notável economista partiu do pressuposto de que a obediência à lei nem sempre ocorre e que quantidades significativas de recursos, públicos e privados, são despendidos anualmente com o fito de manter a ordem jurídica e sancionar aqueles que a transgredirem. O objetivo de sua obra consiste em encontrar

---

<sup>20</sup> Becker cita o realizado por Smigel (SMIGEL, Arleen. “Crime and Punishment: An Economic Analysis”. M.A. thesis, Columbia University, New York, 1965).

uma resposta ao seguinte questionamento: quantos recursos e qual a quantidade de pena que deveria ser utilizada para fazer valer a legislação.

Com o intento de desvelar uma solução a precitada perquirição, Becker (1968) formulou uma metodologia baseada na perda social proveniente da conduta delitiva, tratando de investigar a quantidade de recursos a serem investidos e as penas a serem aplicadas que minimizassem essas perdas. Frisou que a quantidade ótima é uma função que considera o custo de capturar e prender o delinquente, o tipo de pena aplicada e os gastos com a reabilitação dos criminosos.

Assim, Becker (1968), ao decompor a ótica do crime por meio de uma abordagem econômica, tratou de analisar a possibilidade de existência de delitos os quais a sociedade deveria tolerar, uma vez que a aplicação da sanção penal pressupõe um custo para esta mesma sociedade. Conquanto o esquadramento sobre o crime tenha sido quase que negligenciado como objeto de estudo pela grande maioria dos economistas que o antecederam, sua análise considera que o crime é uma atividade economicamente importante, uma vez que representava dispêndios na ordem de quase 21 bilhões de dólares norte-americanos já no ano de 1965 (BECKER, 1968, p. 171).

Antes de apresentar o modelo economicista de Becker em relação à área criminal, cumpre frisar que sua intenção era, com fulcro no comportamento racional dos indivíduos em eleger as suas condutas, encontrar instrumentos manejáveis pelo poder público que minimizassem as perdas sociais decorrentes da criminalidade. Assim, ao apresentar seu modelo, relacionando o número de delitos com outras tantas variáveis, procurava Becker encontrar mecanismos de controle do nível de criminalidade. Impende ainda aduzir que seu modelo economicista básico do crime é o sustentáculo da teoria da dissuasão (Deterrence Theory), que tem como base a teoria preventivista da pena.

O modelo apresentado por Becker estabelece cinco relações básicas: (i) relações entre o número de crimes e o custo desses crimes, (ii) relações entre o número de crimes e as espécies de penas aplicadas, (iii) relações entre o número de crimes, prisões e condenações e os gastos públicos em polícia e manutenção do judiciário, (iv) relações entre o número de condenações e os custos relacionados com a prisão e/ou outras penas, e (v) relações entre o número de crimes e os gastos privados com a sua prevenção.

A análise de Becker inicia pela determinação da quantidade de danos ocasionados pelo ato delitivo. O ilustre economista parte de uma premissa básica, de que o dano é uma função direta do nível de atividade, de tal sorte que quanto maior o nível de atividade, maior a quantidade de danos com este relacionado. Considerando que o crime é uma atividade, entre tantas outras atividades que o agente pode optar por realizar, a variação no número de crimes está relacionado com a variação na quantidade de danos decorrentes deste. Assim, um acréscimo na unidade dos delitos resulta em uma ascensão na porção dos danos. Neste sentido, “the amount of harm would tend to increase with the activity level” (BECKER, 1968, p. 173).

Do mesmo modo, o nível de atividade delitiva também pode ser utilizado para o cálculo do ganho do delinqüente. Assim, partindo de uma percepção bastante lógica, constata que um maior nível de atividades criminosas tende a provocar maior dano social e maior ganho para o criminoso. O custo social seria equivalente à diferença entre o dano, em função do nível de atividade, e o ganho, em função deste mesmo nível. Assim, adverte que “the net cost or damage to society is simply the difference between the harm and gain” (BECKER, 1968, p. 173).

$$D(O) = H(O) - G(O) \quad (1)$$

Onde “D” é o custo líquido ou dano social, “H” o dano decorrente de cada atividade delitiva e “G” o ganho para o criminoso. As três variáveis estão relacionadas diretamente com o nível de atividade “O”, que representa o número de crimes.

Becker considera que, quando da prática reiterada de crimes, os ganhos marginais para os criminosos são decrescentes, enquanto gera, para o conjunto da sociedade, danos marginais crescentes. Nada mais é que a aplicação do conceito de utilidade marginal em sua teoria. Considerando que o custo líquido é a diferença entre essas duas variáveis, supõe-se que este será, ao longo do tempo positivo e crescente. Isso significa que a diferença entre os danos marginais decorrentes de cada atividade delitiva e os ganhos marginais para o criminoso sempre irão gerar um dano social existente para qualquer nível maior de atividade delitiva.



Em relação aos custos incorridos pelo Estado para perseguir e condenar o delinqüente, Becker parte do pressuposto de que quanto maior a quantidade de recursos investidos na força policial, sistema judiciário e equipamentos especializados, maior a probabilidade de dissuadir os crimes e condenar os criminosos. Estabelece que uma maior quantidade de investimento estatal, que permita evitar o crime, acarreta um maior custo para o Estado. Não obstante, um maior dispêndio para prevenir o crime (A) implica uma maior probabilidade de captura e condenação do criminoso (p). Assim, temos a seguinte equação:

$$C = C(A) \quad (2)$$

e

$$A \cong pO \quad (3)$$

Onde “C” representa os gastos (custos) suportados pelo Estado, em relação ao nível de atividade “A” ofertada por este para prevenir a criminalidade e condenar os delinqüentes. A probabilidade do ofensor ser capturado e condenado é reproduzida por “p”. Consoante aduzido em linhas antecedentes, a variável “O” descreve o nível de atividade, representado pelo número de crimes. Dessa equação, deduz-se que um acréscimo na probabilidade de apreensão e condenação de criminosos demanda uma ampliação no *quantum* de atividade “A”, que por sua vez representa aumento nos custos estatais de prevenção da prática delitiva.

A abordagem utilizada por Becker (1968) preconiza que um crime é realizado por um indivíduo se este considerar que a utilidade esperada de cometê-lo supera a utilidade de praticar outra atividade durante o mesmo período de tempo. Chega à conclusão de que o crime pode ser explicado por um sistema de custo e benefício, em que o criminoso não é aquele que nasceu com propensão a delinqüir, mas aquele que auferia maiores benefícios com o cometimento delitivo que os obtidos em outra atividade.

Nesta análise custo-benefício realizada pelo delinqüente, os custos das penas seriam considerados pelos infratores em termos monetários. Em relação à multa, não haveria problema, porquanto seu valor é expresso em pecúnia. No tangente à pena de prisão, dever-se-ia considerar para a determinação de seu valor a renda futura auferida descontada ao valor presente, somando-se a um valor estipulado para a restrição de consumo e liberdade. Tais valores difeririam de indivíduo para indivíduo, não podendo ser determinados como um valor

único. Sem embargo, estes custos seriam maiores para aqueles indivíduos que pudessem conquistar maior renda se não estivessem na prisão.

Assim, diante dessa constatação, Becker apresenta a relação entre o número de crimes e as variáveis que com ele estão associadas.

$$O_j = O_j(p_j, f_j, u_j) \quad (4)$$

Onde “ $O_j$ ” é a quantidade de crimes, “ $p_j$ ” a probabilidade do delinqüente ser condenado, “ $f_j$ ” a pena imposta por cada crime e “ $u_j$ ” um conjunto de outras variáveis como, por exemplo, o nível de renda em atividades lícitas e a educação do criminoso. Considerando que a variação na quantidade de delitos possui relação inversa com “ $p_j$ ” e “ $f_j$ ”, e tendo em vista que estes instrumentos são manejáveis pelo Estado, infere-se como mecanismos de controle estatais da criminalidade a probabilidade de condenação do criminoso e a cominação da pena a ser aplicada. Assim, demonstra-se a grande significância que Becker (1968) atribui à determinação prévia da pena, figurando ela como um dos instrumentos manejáveis pelo Estado na busca da dissuasão dos crimes.

No entanto, diante de alterações em “ $p_j$ ” e “ $f_j$ ” que acarretem iguais valores esperados, identifica Becker (1968) maior grau de influência na variável condizente com a probabilidade do criminoso vir a obter uma sentença de condenação. Expende que, se o ofensor possui maior preferência pelo risco, uma mudança crescente na probabilidade de ser capturado exerce uma maior conseqüência na comissão delituosa que um câmbio na especificação da pena, preferindo o delinqüente reduzir o número de crimes, em razão da diminuição de sua utilidade esperada. *Mutatis mutandis*, tal vislumbre não se verifica na eventualidade do indivíduo ser avesso ao risco. Nesta hipótese, o instrumento que maior reflexo proporcionaria seria uma mudança na penalidade cominada na lei. Aduz ainda que diante da neutralidade ao risco, ambas as variáveis apresentam o mesmo efeito. Assim, *in verbis*:

It is easily shown that an increase in  $p_j$  would reduce the expected utility, and thus, the number of offenses, more than an equal percentage increase in  $f_j$  if  $j$  has preference for risk; the increase in  $f_j$  would have the greater effect if he has aversion to risk; and they would have the same effect if he is risk neutral (BECKER, 1968, p. 178).

Becker (1968, p. 179), baseando sua análise nos estudos desenvolvidos por Smigel e Ehrlich, constatou maior preferência pelo risco entre aqueles que elegem a comissão infracional. Assim, tem-se que um acréscimo na probabilidade de condenação “ $p_j$ ” ou de cominação de penas “ $f_j$ ” dimana alteração substancial na conduta volitiva do agente ofensor, o que faz com que o cometimento delituoso receba o reflexo inverso do acréscimo no mecanismo de controle estatal. Assim, um aumento em “ $p_j$ ” ou “ $f_j$ ” resulta em uma redução na quantidade de crimes “ $O_j$ ”.

Contempla Becker (1968) que a pena é o preço a ser pago pelo delinqüente. No entanto, a penalidade somente é aplicada àqueles que são capturados e condenados. Ora, encontra-se presente uma nítida discriminação de preços, em face da fulgente segmentação do grupo de criminosos entre aqueles que cometem crimes e são capturados e aqueles que, conquanto optem pela prática delituosa, livram-se soltos. O preço a ser pago, entendido este como a pena a ser imposta, somente atinge o grupo dos que são capturados, permitindo aos foragidos obter o bem colimado sem a necessidade de satisfazer o preço imposto.

Quando de seu exame acerca das espécies de penalidades, Becker (1968) especifica que o custo das penas em relação ao delinqüente diverge de individuo para individuo, porquanto tal custo engloba os ganhos futuros que seriam auferidos pelo criminoso se porventura não estivesse condenado à pena restritiva de liberdade, bem como o valor atribuído por ele às restrições de consumo e liberdade que uma condenação à prisão lhe acarreta. Assim, o economista estabelece como custo total social decorrente da aplicação das penas aquele que se refere aos custos diretos para os delinqüentes, que se acaba de citar, agregado dos correspondentes custos estatais reduzidos das multas ora aplicadas. Ora, além dos custos para os ofensores, também incluem-se entre os provenientes das penas os relacionados aos gastos com a manutenção dos estabelecimentos prisionais, tais como a contratação de guardas, construção de instalações, comida para os detentos, entre outros. Do mesmo modo, não há olvidar que ante a possibilidade de aplicação de alguma pena de multa ao agente infrator condenado, esta deve ser devidamente deduzida da função, em razão de representar um ganho para aqueles que a recebem.

Em termos dos custos para o ofensor, são estes representados pela seguinte equação:

$$F \equiv bf \quad (5)$$

Onde “f” é a pena imposta por cada crime e “b” o coeficiente que promove a transformação de “f” em “F”, é dizer, dependendo do tipo penal<sup>21</sup> praticado e da pena cominada, o custo para o criminoso desloca-se do desembolsar de uma pena à cessação de lucros futuros, adequando-se o custo a maior severidade da sanção. Assim, segundo Becker (1968),  $b \cong 0$  para penas de multa, enquanto  $b > 1$  para, por exemplo, a pena de prisão.

Em face do exposto, permite-se fazer uso da política criminal, através da utilização das variáveis de controle – probabilidade do delinqüente vir a ser condenado “p” e imposição de determinada pena “f” – a fim de influir na quantidade de crimes “O” praticados na sociedade. Becker (1968) apresenta dois possíveis objetivos a serem perseguidos: ou a sociedade opta por uma alta dissuasão ou faz com que a penalidade se ajuste ao crime.

O primeiro objetivo de política criminal confunde-se com uma das teorias apresentadas no capítulo anterior, qual seja, a pena com fins de prevenção geral negativa. Ora, conforme já explicitado, a cominação da pena teria o condão de afetar o *animus delinquendi*<sup>22</sup> do potencial agente ofensor, provocando o temor de vir a receber uma alta penalidade imposta pela normativa criminal. Assim, de maneira geral, estar-se-ia dissuadindo as potenciais condutas individuais que afrontassem o ordenamento jurídico. Em outros termos, uma alta dissuasão, ademais da fixação de rigoroso “f”, implica elevar “p” a níveis próximos de 1, o que se traduz em uma apreensão e condenação de quase 100% das atividades delitivas. Desta maneira, “if the aim simply were deterrence, the probability of conviction, p, could be raised close to 1, and punishments, f, could be made to exceed the gain: in this way the number of offenses, O, could be reduced almost at will” (BECKER, 1968, p. 180). No entanto, cumpre asseverar que, no caso em comento, o número de crimes iria se reduzir às custas de um acréscimo nos custos de combater os crimes “C” e nos custos decorrentes das penalidades “F”, tendo em vista uma elevação em “bf”.

---

<sup>21</sup> Considerando que o presente trabalho é apresentado na seara das ciências econômicas, cumpre esclarecer o significado de “tipo penal”. Em linhas gerais, e evitando entrar em exame mais profundo acerca de seus desdobramentos, entende-se por tipo penal a descrição prevista em lei a respeito de uma conduta definida como crime. Assim, quando a lei determina que “matar alguém” acarreta uma determinada pena, está previamente definindo esta conduta como atividade contrária ao ordenamento jurídico, e, portanto, sujeita a uma penalidade. Ver nota n° 5.

<sup>22</sup> Significa intenção de delinquir.

Por outro lado, se a sociedade optasse pela segunda alternativa, é dizer, a pena ajustada ao crime praticado, aduz que a probabilidade “p” de ser o delinqüente condenado poderia também se situar próximo a 1, adequando-se a pena “f” ao dano sofrido pela vítima. Sendo assim, “if the aim simply were to make ‘the punishment fit the crime’, p could be set close to 1, and f could be equated to the harm imposed on the rest of society”(BECKER, 1968, p. 181). No entanto, assevera o economista que esta opção, do mesmo modo que a anterior, ignora os custos sociais que estão presentes nos deslocamentos de “p” e “f”. Sugere, contudo, que o melhor critério para se relacionar essas variáveis seria o proveniente de uma função de bem-estar social, a qual levaria em consideração as medidas de perda social decorrentes dos delitos praticados. A fim de corroborar sua argumentação, apresenta a seguinte função:

$$L = D(O) + C(p, O) + bpfO \quad (6)$$

Esta função procura relacionar a perda social “L” com as variáveis já apresentadas em linhas anteriores. Possível constatar, em uma observação mais atenta, que se trata de uma união das funções que estabelecem os custos decorrentes dos crimes. Ora, “D(O)” corresponde aos custos líquidos que a sociedade termina suportando em razão da prática delitativa, traduzindo-se na relação negativa entre os danos sofridos pelas vítimas e os ganhos auferidos pelos criminosos. Por sua vez, “C(p, O)” corresponde aos custos indiretos que o Estado arca para prevenir o crime. Assim, incluem-se aqui os gastos despendidos com as atividades estatais que visam a prevenir a ocorrência dos delitos ou fazer valer as normas proibitivas penais. Conforme já visualizado, como os gastos com as atividades estatais “A” estão relacionadas com “C”, bem como com “p” e “O”, infere-se que estes também estão relacionados com “C”. Por fim, considerando que “bf” é o custo social para o ofensor por crime punido, deve-se multiplicar este valor pela quantidade de delitos que realmente foram submetidos a alguma pena “pO”.

O objetivo visado por Becker é selecionar os valores das variáveis passíveis de controle, de tal maneira que minimizem as perdas sociais “L”. Assumindo que “b” é uma constante dada, considera “p” e “f” como as verdadeiras variáveis de decisão.

Dessa relação, constata-se que o agente infrator vai eleger a sua conduta com base na última relação “bpfO” exposta na equação acima. Para o criminoso, não importa se sua

conduta acarrete custos para a sociedade, desde que esses custos não sejam pagos por ele. Assim, o agir delitivo se fundamenta no exame dos dois mecanismos de controle estatais “p” e “f” e sua ação vai depender do risco que o criminoso está disposto a assumir. Diante desse quadro, Becker (1968) expõe a existência de algumas possíveis situações.

Se o delinqüente é neutral ao risco, sua atitude irá se apoiar no exame de “pf”. Dessarte, uma redução em “p” com o conseqüente aumento compensado em “f”, de tal maneira que permitisse permanecer imutável a conjugação “pf” não teria implicações na redução dos crimes. Sem embargo, essa redução em “p” acarretaria uma diminuição nos gastos estatais de combate ao crime. Expende Becker (1968) que seria possível obter uma considerável redução nas perdas sociais totais, porquanto, em tese, seria possível deslocar o percentual de “p” para níveis próximos de zero, ao mesmo tempo em que se elevasse a rigorosidade das penas “f” para valores suficientemente altos, de tal sorte a permanecer inalterados “pf”, sem modificar a quantidade de crimes praticada. Neste sentido, “if the supply of offenses depended only on pf – offenders were risk neutral – a reduction in p ‘compensated’ by an equal percentage increase in f would leave unchanged pf, O, D(O), and bpfO but would reduce the loss” (BECKER, 1968, p. 183).

Na hipótese do agente ofensor ser avesso ao risco, os efeitos oriundos do deslocamento das variáveis de controle atinge a quantidade de crimes praticados na sociedade. A explicação para isso consiste em que, diante da aversão ao risco, o agente internaliza a possível aplicação da sanção penal. Assim, para ele “p” teria menor importância que “f”, em razão de que ao ser punido, a penalidade a ser imposta iria se basear em “f” e não em “p”. Dessa maneira, Becker (1968) explicita que a perda social seria minimizada com a distribuição de “p” em nível próximo de zero, mas com uma compensada elevação em “f”. Em razão do temor ao risco que uma rigorosa pena ocasionaria ao delinqüente, o número de crimes irá, com essa medida, reduzir-se. O economista explicita que essa política de reduzir “p” e de elevar “f” foi adotada por muitos países anglo-saxões nos séculos XVIII e XIX, bem como por muitos países comunistas e subdesenvolvidos no século XX, em virtude da necessidade de menores dispêndios de recursos públicos na prevenção ao crime.

Observa Becker (1968) que a estipulação de penalidades extremamente severas poderiam implicar na sua não concretização, face a um possível abrandamento pelo poder judiciário ou por aqueles encarregados de impedir que os crimes sejam realizados. Ora, se o

titular do combate ao crime percebe que o responsável pela aplicação da lei penal não efetivamente a faz cumprir, ou mesmo que ele considera extremamente injusta tal cominação, de nada adianta estar previsto elevada estipulação sancionatória, se os reflexos previstos pela lei não são observados, de fato, como decorrência daquela ação delitativa. Assim, e diante de situação de preferência ao risco, uma redução no número de delitos pode ser obtida por uma elevação em “p”, selecionando valores condizentes para “f”.

Embora pareça complicado, é possível distinguir as possíveis sanções em dois grupos, é dizer, entre as penalidades que incorrem em perdas sociais e aquela que se traduz em uma transferência monetária. Becker (1968) aduz que é possível a ocorrência de mudanças nos custos sociais em virtude de alteração na cominação das penalidades. Observando uma relação de mercado em que ocorre uma compra e venda, explicita que o preço desembolsado pelos consumidores é completamente transferido para as empresas e para o governo, inexistindo perda social nesta transação. Ora, entende o autor que a pena estabelecida em lei é o preço que o delinquente estará sujeito se for condenado. Assim, da mesma maneira de uma relação dentro do mercado, subsiste uma hipótese em que se sucede uma transferência de preços, sendo que esta ocorre na situação de se aplicar uma pena de multa ao criminoso.

Nesta situação, em que a pena cominada se configura em uma multa, “b” seria equivalente a zero e a última expressão da equação (6) “bpfO” não poderia ter outro resultado que não fosse também o zero. No mesmo sentido, se consideramos como inexistente, nesta situação, o custo estatal de combater o crime “C”, a perda social “L” seria explicada pela expressão remanescente “D(O)”. Ora, derivando “D(O)” em função de “p” e “f”, que são os mecanismos que detém o Estado para influir na quantidade de crimes, e igualando a zero, a fim de buscar o valor mínimo de perdas sociais, teríamos como resultado a seguinte expressão:

$$L' = D'(O_f) = D'(O_p) = 0 \quad (7)$$

A importância desta expressão consiste em indicar que existe um nível ótimo de crimes que faz com que as perdas sociais sejam minimizadas, igualando-se a derivada da função a zero, devendo os mecanismos de controle estatais serem colocados em níveis tais que induzam os potenciais criminosos a praticarem esse nível ótimo de crimes. A conclusão a

que chega Becker (1968) é que existe um nível ótimo de delitos que a sociedade deveria tolerar.

Na busca desse número ótimo de crimes, o ganho marginal do delinqüente deve-se igualar ao dano marginal provocado pela conduta delitativa, que, por sua vez, deve equivaler ao valor marginal da pena de multa aplicada. Em outros termos, estar-se-ia aqui adotando um critério de compensação das vítimas. Dessa maneira, está-se admitindo a possibilidade de existência de crimes, desde que os danos sofridos sejam devidamente compensados.

Explicita Becker (1968) que se os custos de prevenção ao crime forem diferentes de zero, e assumindo que, diante desta situação, a probabilidade do criminoso vir a ser condenado seja equivalente a 1, a variação das perdas sociais seria determinada pela seguinte expressão:

$$L' = D'(\hat{O}) + C'(1, \hat{O}) = 0 \quad (8)$$

Onde “ $\hat{O}$ ” representa o número ótimo de crimes tolerado pela sociedade. Neste caso, a multa a ser cominada deveria ser equivalente ao dano marginal provocado, somada aos custos marginais incorridos pelo Estado para fazer valer a condenação do criminoso.

Em face do exposto em linhas anteriores, percebe-se que Becker (1968), ao analisar a ótica do crime por meio de instrumental econômico, buscou responder se existem determinados crimes que os indivíduos deveriam tolerar, uma vez que a aplicação da sanção penal pressupõe um custo para a sociedade. Neste sentido, observa-se que as penas, juntamente com a probabilidade do criminoso vir a ser condenado, compõe os mecanismos de controle que detém o Estado para prevenir o crime na sociedade. No entanto, a ausência de crimes não é o ponto ótimo a ser perseguido na política criminal, tendo em vista que o economista considera que os ganhos ilegais auferidos pelo criminoso incluem-se no cálculo dos benefícios sociais.

Partindo do pressuposto de que a razão para inibir a atividade criminosa é o fato de que esta promove danos à sociedade, Becker (1968) busca quantificar o dano social como sendo a diferença entre o dano provocado pelo crime em relação ao seu nível de atividade e os ganhos do criminoso também em relação ao nível de atividade destes mesmos crimes.



A abordagem utilizada considera que um crime é realizado por um indivíduo se este considerar que a utilidade esperada de cometê-lo supera a utilidade de realizar outra atividade durante o mesmo período de tempo. Chega à conclusão de que o crime pode ser explicado por um sistema de custo e benefício, em que o criminoso não é aquele que nasceu com propensão a delinquir, mas aquele que auferir maiores benefícios com a prática delitiva que os obtidos em outra atividade. Assim, o exame, no caso, exige a análise de determinadas variáveis que influenciam o número de infrações como a probabilidade de condenação e a espécie de pena cominada.

Sabe-se que os recursos relacionados com as penalidades são socialmente custosos, tendo em vista que acarretam perdas sociais, exceto as multas. Por esta razão, Becker (1968) considera a pena de multa como a melhor opção dentre as sanções penais, por possibilitar a transferência de preços entre os agentes econômicos, inibindo as perdas sociais. A pena de multa deveria corresponder a toda a riqueza auferida pelo criminoso com a prática infracionária, que, por sua vez, equivaleria aos danos por este provocado. Na presença de custos incorridos pelo Estado para promover o combate ao crime, estes deveriam ser incluídos quando da determinação do valor das penas.

Em suma, Becker aponta que os delinquentes são maximizadores de utilidade racional, elegendo suas condutas em condições de risco. Seu trabalho baseia-se na suposição de que o criminoso se comporta de acordo com uma estrutura de utilidade subjetiva esperada. Conclui que os atos delitivos são dissuadidos por meio de uma multa vigorosa, em conformidade com a teoria preventivista da pena, bem como uma alta probabilidade de detenção. Sendo a pena de multa a sanção menos custosa para o Estado, esta deveria ser aplicada em seu nível mais elevado.

### **3.5 A questão das penas de prisão**

Desde a sua publicação, a obra de Gary Becker (1968) tem influenciado inúmeros estudos acerca da relação entre a determinação das penas e a dissuasão dos delitos. Neste trabalho, faz-se relevante destacar também as análises efetuadas por Polinsky e Shavell ao

longo das décadas de 1980 e 1990, porquanto esses economistas dão seqüência ao exame inicialmente realizado por Becker (1968).

Becker (1968) identificou dois mecanismos de controle estatal, capazes de atuar sobre o comportamento ilícito de potenciais transgressores, como a probabilidade de apreensão do criminoso e a determinação da sanção penal. No entanto, muitos questionamentos acerca do exame da conduta delitiva tiveram que esperar o passar de muitos anos para serem respondidos. Se é certo que a penalidade cominada em lei exerce importante papel na prevenção do crime, a dissuasão proporcionada, por exemplo, por uma variação na magnitude da pena de prisão, depende muito mais do acréscimo na duração do tempo de prisão ou da própria probabilidade do infrator ser levado à prisão?

Polinsky e Shavell (1997), com fundamento nos mecanismos de controle apresentados por Becker (1968), buscam analisar as implicações provenientes de câmbios na determinação da magnitude das penas de prisão em relação à prática delitiva para agentes ofensores neutrais, avessos e amantes do risco. Para tanto, partem de conceitos desenvolvidos por Becker (1968), acrescentando a esta teoria uma variável de desutilidade, em relação ao condenado, decorrente da duração da pena de prisão<sup>23</sup>.

Assumem como pressuposto que a pena de prisão acarreta no infrator uma desutilidade relacionada com a duração da pena, o que implica dizer que uma condenação que estabeleça um maior tempo para o indivíduo permanecer na cadeia ocasiona para este uma maior desutilidade, em face do maior sacrifício que deve suportar. Ocorre, no entanto, que o crescimento desta desutilidade pode-se dar na mesma proporção do incremento da duração da pena ou mais ou menos proporcionalmente à variação desta, dependendo da atitude do criminoso diante do risco.

---

<sup>23</sup> Cumpre frisar que ao desenvolver seu arcabouço teórico, Becker (1968) aproveita os conceitos de utilidade desenvolvidos por seus precursores. Em linhas gerais e para fins deste trabalho, podemos afirmar que a utilidade compreende o nível de satisfação desfrutado pelo indivíduo ao preencher as suas necessidades colimadas por meio de seu agir. Deste conceito, extrai-se como utilidade marginal a variação do aprazimento obtido pelo acréscimo de uma unidade no comportamento do agente. Mister ainda expender que a desutilidade corresponde aos sacrifícios impostos ao infrator em decorrência de sua perda de liberdade. A desutilidade marginal, por fim, é a quantidade de sacrifício adicional suportado pelo ofensor em virtude na variação positiva na magnitude da pena.

Assim, estreme de dúvidas que a condenação à prisão acarreta desutilidade ao infrator. Sem embargo, esta desutilidade pode-se ampliar mais que proporcionalmente ao crescimento na duração da pena, tornando cada vez mais árduo, para o condenado, permanecer distanciado da convivência livre com a sua família e amigos. Possível também acontecer que este condenado padeça de maiores sacrifícios no primeiro ano de prisão, acostumando-se ou, simplesmente, aceitando o porvir, em virtude de nada poder fazer contra isso. Nesta hipótese, a desutilidade, conquanto crescente em virtude da quantidade de anos imposta, variaria menos que proporcionalmente à duração da sentença, é dizer, cresceria a taxas decrescentes, caracterizando-se por apresentar um peso muito maior inicialmente e reduzindo-se com o transcorrer dos tempos. Um exemplo para isso poderia ser uma situação em que o primeiro ano de prisão é o mais doloroso, em razão do choque de entrada em um ambiente inóspito e degradante e da própria humilhação e brutalização que o condenado passa a se sujeitar.

Dessa maneira, a fim de explicar como a prevenção ao crime é influenciada pelos mecanismos de controle previstos por Becker (1968), esses economistas partem da suposição de que a análise realizada pelos infratores, antes da prática delitiva, é guiada pela desutilidade esperada das sanções cominadas, trazendo, como consequência, a eleição de condutas que minimizem essa desutilidade. Neste sentido, explicitam:

We assume that deterrence is determined by the expected disutility of sanctions: if the probability  $p$  of an imprisonment sentence, multiplied by its total disutility  $d(s)$ , exceeds the benefit a person would derive from a criminal act, he will be discouraged from committing it (POLINSKY; SHAVELL, 1997, p. 6)

Estabelecem que os criminosos não são iguais entre si, diferenciando-se pelas atitudes que tomam diante do risco. Becker (1968) já havia feito esta diferenciação, quando tratou dos infratores neutrais, avessos e amantes do risco. A novidade em Polinsky e Shavell (1997) consiste no exame destes três grupos de criminosos em relação à duração da pena de prisão. Nem todos serão influenciados da mesma maneira, por exemplo, quando do estabelecimento de uma duração mais elevada na pena de prisão.

Deste modo, asseveram que, em relação aos indivíduos neutrais ao risco, o *quantum* de variação de sua desutilidade percorre o mesmo percentual de mudança da duração da pena. Em outras palavras, considerando que a desutilidade é uma constante “c” para cada ano de

prisão, a desutilidade esperada é obtida pela multiplicação desta constante pelos anos de prisão “s” impostos ao condenado. Frisamos que a característica mais importante dos indivíduos neutrais ao risco é o fato de que recebem influências equivalentes de ambos os mecanismos de controle de Becker, ou seja, “p” e “f”.

Ora, dizer que uma alteração, por exemplo, de 20% em “p” produz o mesmo resultado em termos de quantidade de inibição de crime que uma alteração de 20% em “f” significa dar força e independência para estes instrumentos de controle estatal. Assim, por exemplo, se “p” é equivalente a 0,5 e “s”<sup>24</sup> representa 10 anos de prisão, com uma desutilidade anual e constante de valor 3, obtém-se como resultado desse cálculo uma desutilidade esperada igual a 15 ( $= 0,5 \times 10 \times 3$ ). Considerando que o criminoso é neutral ao risco, uma elevação de 20% em “p” implica igual resultado que um acréscimo de igual percentual em “s”, porquanto a desutilidade esperada que se chega é equivalente a 18 em ambas as hipóteses<sup>25</sup>. Considerando que os indivíduos neutrais ao risco são influenciados, aparentemente, por igual força tanto por “p” quanto por “s”, os economistas concluem que a política mais eficiente em termos de dissuasão do crime e minimização dos custos incorridos pelo Estado quando do combate ao crime é a relacionada com a determinação da pena “s”, sendo o movimento de “p” uma consequência dessa estipulação. Desta maneira, preconizam que a pena deve ser estabelecida em seu nível máximo. Assim:

[...] optimal imprisonment sanctions are maximal if individual's total disutility rises proportionally with the length of the sentence – that is, if individuals are risk neutral in imprisonment (POLINSKY; SHAVELL, 1997, p. 10).

A explicação para isso pode ser extraída do exemplo anterior, com algumas adaptações. No cálculo acima, o acréscimo percentual em “p” e “s” eram equivalentes, mas enquanto se aplicava uma variação em um destes mecanismos, mantinha-se o outro constante. Agora, ao aplicar um acréscimo em “s”, permite-se que “p” se reduza, a fim de manter inalterada a desutilidade esperada. O que encontramos é uma redução nos custos praticados

<sup>24</sup> Becker atribui a “f” a representação da sanção penal, enquanto Polinsky e Shavell utilizam “s” para representar a duração desta sanção penal quando se trata de anos de prisão.

<sup>25</sup> Um acréscimo de 20% em “p” faz este passar de uma probabilidade de apreensão do criminoso de 0,5 para 0,6. Logo multiplicando este valor pelo resultado da multiplicação da duração da pena pela constante de desutilidade redonda em uma desutilidade esperada de 18 ( $= 0,6 \times 10 \times 3$ ). Do mesmo modo, um aumento de 20% em “s”, mantendo inalterado “p”, faz com que a duração de prisão seja de 12 anos e não mais de 10 anos. Assim, novamente obtém uma desutilidade esperada de 18 ( $= 0,5 \times 12 \times 3$ )

pelo Estado para a apreensão do criminoso, enquanto que o número de crimes permaneceu inalterado<sup>26</sup>.

No tangente aos criminosos avessos ao risco, sabe-se que estes são muito mais influenciados por “s” do que por “p”. Por exemplo, em virtude de temerem o risco, este grupo teme a existência da própria pena, de tal modo que uma pena muito grave incute pavor necessário para inibir a conduta ilícita, mesmo que esta pena não seja efetivamente aplicada. Aduzem os economistas que este grupo se caracteriza por uma variação mais do que proporcional em relação à duração da prisão. Destarte, a fim de explicitar esta maior influência de “s” sobre o criminoso, pode-se utilizar o exemplo anterior, com alteração na desutilidade anual. Ao invés de uma constante, considera-se como desutilidade o quadrado do número de anos de prisão. Assim, quanto maior a duração da prisão, mais do que proporcionalmente será a desutilidade esperada. Considerando “p” igual a 0,5 e “s” equivalendo a 10 anos, temos que a desutilidade esperada é 50 ( $= 0,5 \times 10^2$ ). Se elevamos “p” em 20%, encontramos como resultado a desutilidade esperada de 60 ( $= 0,6 \times 10^2$ ), enquanto que ao variarmos em igual percentual “s”, temos como solução o valor de desutilidade esperada de 72 ( $= 0,5 \times 12^2$ ). Assim, torna-se aclarado a maior influência exercida por “s”, porquanto a cominação de uma pena mais severa inflige no criminoso um sacrifício maior. Assim, consideram os economistas que a melhor política criminal é aquela que estabelece penalidades em seu nível máximo<sup>27</sup>. Dessarte, *in verbis*<sup>28</sup>:

“(...) optimal imprisonment sanctions also are maximal if individuals` total disutility rises more than in proportion to the length of the sentence – if individuals are risk averse in imprisonment (POLINSKY; SHAVELL, 1997, p. 12).

<sup>26</sup> Suponhamos que a pena inicial tenha duração de 4 anos, com uma desutilidade constante e equivalente a 3 por ano. Considerando que a probabilidade de apreensão do criminoso seja 30%, a desutilidade esperada será de 3,6 ( $= 0,3 \times 4 \times 3$ ). Se elevarmos a pena para 5 anos, permitindo que a desutilidade permaneça inalterada, teremos como nova probabilidade o percentual de 24% ( $p \times 5 \times 3 = 3,6$ ). Assim, mantendo o mesmo número de crimes, ao elevar a cominação das penas a seu nível máximo, conseguiu-se reduzir a probabilidade de apreensão com a conseqüente redução dos dispêndios que o combate ao crime representa.

<sup>27</sup> Esta conclusão resulta não apenas do fato de acarretar maior desutilidade esperada para o delinqüente, mas também em virtude de permitir redução dos custos de combate ao crime. Por exemplo, suponhamos uma pena inicial de 4 anos, com “p” equivalendo a 30% e uma desutilidade correspondente ao quadrado da duração da pena. Assim, a desutilidade esperada representa 4,8 ( $= 0,3 \times 4^2$ ). Se elevamos a duração da pena para 5 anos, mantendo constante o número de crimes, observa-se que a probabilidade se reduz para 19,2% ( $p \times 5^2 = 4,8$ ), o que representa uma grande economia nos custos de combate ao crime.

<sup>28</sup> Possui significado equivalente a “nestas palavras”.

Encontra-se resultado inverso no que diz respeito aos delinquentes amantes do risco<sup>29</sup>. Em relação a estes, a maior influência é exercida pela probabilidade de captura e condenação do agente ofensor. Este efeito pode ser demonstrado através do exemplo anterior, estabelecendo como desutilidade para o primeiro ano um valor maior, como por exemplo, 200, e para os anos seguintes uma desutilidade constante de 10. Para os amantes do risco, embora a desutilidade cresça ao longo dos anos, este crescimento é menos que proporcional à duração da prisão. Assim, a desutilidade esperada, nesta situação, para um “p” de 0,5 e um “s” de 10 anos corresponde a 145 ( $= 0,5 \times [200 + (9 \times 10)]$ ). Um aumento de 20% em “p” representa uma desutilidade esperada de 174 ( $= 0,6 \times [200 + (9 \times 10)]$ ), enquanto a mesma elevação em “s” traz como resultado um valor menor de sacrifício, correspondendo a 155 ( $= 0,5 \times [200 + (11 \times 10)]$ ). Aqui, diferente dos anteriores o melhor mecanismo de controle não é simplesmente elevar a pena ao nível máximo, fazendo-se necessária uma elevada probabilidade de captura. Deste modo, verbis:

“(...) in the risk preferring case, a less-than-maximal imprisonment sentence accompanied by a substantial probability may well be optimal (POLINSKY; SHAVELL, 1997, p. 14).

Dessa maneira, tem-se demonstrado através desses modelos economicistas a importância das penas para a atividade de prevenção ao crime.

---

<sup>29</sup> Como possíveis infratores amantes do risco, podemos citar, possivelmente, aqueles que cometem os chamados “crimes do colarinho-branco”. Para estas pessoas, a desutilidade proveniente de ter que ir para a prisão é substancialmente maior que a duração da pena de prisão, porquanto a reputação e ganhos futuros são abalados não tanto em razão da duração da pena mas da própria imposição da pena. Assim, aqueles que cometem esses crimes serem influenciados muito mais pela probabilidade de serem capturados e condenados.

## 4 O cálculo das penas

Conforme observado no primeiro capítulo, o legislador penal brasileiro, ao estabelecer o regramento para a fixação da pena, manifestou a sua preferência pela teoria mista ou unificadora da pena. Observa-se esta predileção pelo teor do art. 59 do Código Penal (CP) ao disciplinar que a pena tem como função não somente a prevenção do crime, mas, sobretudo, a reprovação do delito já realizado. Assim:

CP, art. 59: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente **para reprovação e prevenção do crime**: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifei)

Desta maneira, na normativa penal brasileira, a pena possui dupla função. Não apenas é utilizada para dissuadir a prática de novos crimes, tal como considerado pela teoria economicista ao longo do segundo capítulo, mas também goza de um caráter de reprovação, é dizer, manifesta-se como uma não aceitação da conduta ilícita praticada pelo agente, o que acarreta, como veremos, certo grau de discricionariedade por parte do Estado-juiz quando de sua aplicação.

### 4.1 Espécies de penas

O sistema punitivo brasileiro estabeleceu 3 espécies de penas previstas no art. 32 do Código Penal, a saber:

CP, art. 32: As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa.

Ademais das penas ali discriminadas, pode-se agregar uma quarta espécie proveniente da lei das contravenções penais<sup>30</sup>, traduzindo-se esta na pena de prisão simples. Dessa maneira, existem ao todo 4 espécies de penas previstas no sistema penal brasileiro, qual seja, as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direitos, a pena de multa e a pena de prisão simples.

Considerando que o delinqüente é um ser racional que baseia as suas escolhas de conduta por meio de uma análise de custo e benefício, urge aclarar alguns detalhes importantes sobre duas dessas espécies de pena. Não desmerecendo as penas restritivas de direito e as decorrentes de contravenção penal, preferiu-se proceder, mais detidamente, neste capítulo, ao exame das penas privativas de liberdade e das penas de multa.

#### 4.1.1 Penas privativas de liberdade

Inicia-se a análise com as penas privativas de liberdade. O Estatuto Penal<sup>31</sup> prevê duas penas privativas de liberdade: reclusão e detenção. Tais penas representam a contrapartida estatal, prevista na Lei de Introdução ao Código Penal (LICP)<sup>32</sup>, que caracteriza o crime pela sua penalidade, é dizer, preferiu o legislador penal considerar crime a conduta proibida na qual é sancionada ou com a pena de reclusão ou com a pena de detenção. Assim, prevê o art. 1º desta lei que, ao crime praticado, ser-lhe-á atribuído uma destas duas precitadas penas privativas de liberdade. Neste sentido:

“LICP, art. 1º: **Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção**, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”  
(grifei)

---

<sup>30</sup> Trata-se do Decreto-Lei nº 3.688/41.

<sup>31</sup> Com o intuito de evitar qualquer dúvida, registamos que, ao longo dessa dissertação, eventualmente, poderemos chamar o Código Penal (CP) como Estatuto Penal ou Estatuto Repressivo. No entanto, ao utilizarmos qualquer uma dessas expressões estamos referindo-nos ao Decreto-Lei nº 2.848/40, conhecido como Código Penal, com as suas conseqüentes alterações.

<sup>32</sup> Trata-se do Decreto-Lei nº 3.914/41.



Desta maneira, pode-se afirmar que o crime se caracteriza por ser uma conduta determinada, prevista em um específico tipo penal, em abstrato, a que a lei comina uma pena de reclusão ou de detenção. Assim, em relação a todo crime tem-se a previsão de uma dessas duas penas privativas de liberdade, que pode ser substituída por outra espécie de pena, como restritiva de direito ou multa, em determinadas circunstâncias. No entanto, em princípio, afirma-se que associado a uma conduta que o legislador considerou como crime, tem-se a previsão de uma pena privativa de liberdade.

Greco (2007) explicita um conjunto de diferenças existentes entre as penas de reclusão e as de detenção. Não obstante, para fins deste trabalho e evitando aprofundar-se em questões jurídicas desnecessárias, opta-se por apresentar apenas as três principais diferenças. Explicita o autor que:

a) a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, caput, do CP); (...) e) a prisão preventiva, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com reclusão; nos casos de detenção, somente se admitirá a prisão preventiva quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (art. 313, I e II, do CPP); f) a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção (art. 322 do CPP); [...] (GRECO, 2007, p. 498-499).

Tanto a pena de reclusão quanto a de detenção significam penas privativas de liberdade. Não é o magistrado, quando de sua aplicação, que irá optar entre uma ou outra. Esta traduz-se em preferência do legislador penal quando da formulação da política criminal. O legislador, ao classificar como crime uma determinada conduta que considera ilícita já associa a esta conduta uma pena de reclusão ou de detenção. Assim, por exemplo, ao crime de homicídio expressa é a previsão de uma pena de reclusão<sup>33</sup>, ao passo que, em relação ao crime de calúnia<sup>34</sup>, foi prevista uma pena de detenção juntamente com uma pena de multa.

Um dos principais elementos diferenciadores destas sanções é o regime de cumprimento da pena, que poderá ser fechado, semi-aberto ou aberto de acordo com o

---

<sup>33</sup> “Art. 121, CP: Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos (...)”

<sup>34</sup> “Art. 138, CP: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (...)”

*quantum* de pena aplicado pelo Estado-Juiz. Entende-se por regime fechado, aquele onde a execução da pena ocorre dentro de estabelecimento prisional de segurança máxima ou média. Já o regime semi-aberto é aquele em que a execução da pena ocorre em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Por fim, o regime aberto é aquele em que a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A determinação de qual regime será adotado obedece a determinados critérios, objetivo e subjetivo, previstos em lei, não cabendo ao magistrado escolher livremente o regime de acordo com seu humor, senão devendo aplicar o que a lei expressamente prevê nos §§ 2º e 3º do art. 33 do CP.

CP, art. 33, § 2º: As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

CP, art. 33, § 3º: A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Assim, associado ao critério objetivo, em que a lei expressamente estabelece relação entre a quantidade da pena e o regime que deve ser adotado, encontra-se também um critério subjetivo, em que o Estado-Juiz, analisando o caso em concreto, tem liberdade para adotar um regime inicial de cumprimento de pena de acordo com as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. No entanto, a imposição de regime mais grave que o previsto no critério objetivo do § 2º do art. 33 do CP pressupõe motivação do juízo, nos termos das Súmulas 718 e 719<sup>35</sup> do Excelso Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>35</sup> Súmula 718, STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”  
Súmula 719, STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

De qualquer maneira, cumpre expender a presença de certo poder discricionário tanto na determinação do *quantum* de pena a ser aplicado, como no que tange à análise das circunstâncias subjetivas do art. 59 do CP, que aliás, serve como principal dispositivo para a determinação da quantidade de pena-base, como será visto adiante.

Faz-se mister ainda asseverar que existe um limite temporal para as penas privativas de liberdade, é dizer, a sua execução deve respeitar a linha extrema dos 30 anos de privação de liberdade, não tolerando a Magna Carta<sup>36</sup> as penas com caráter perpétuo.

#### 4.1.2 Critérios de fixação do *quantum* de pena

Importante questão que cumpre examinar é a que diz respeito aos critérios de fixação do *quantum* de pena a ser imposto ao indivíduo condenado pela prática de um crime, porquanto essa pena representa um custo que é levado em consideração quando do planejamento do delito.

Consagrou-se no Brasil, sobretudo após a reforma do Código Penal em 1984, o sistema trifásico idealizado por Nelson Hungria. Segundo Hungria *apud* Boschi,

[...] o juiz deveria considerar com prudente arbítrio primeiro as circunstâncias judiciais do art. 42 (hoje art. 59), para poder fixar a pena-base. Numa segunda operação, procederia as agravações e/ou atenuações ante presença eventual de causas legais agravantes e atenuantes. Na terceira fase, faria incidir sobre a pena provisória os aumentos e as diminuições determinados pelas majorantes e minorantes (BOSCHI, 2002, p. 174).

Esse sistema trifásico estabelece os passos que deve seguir o magistrado para a obtenção da pena a ser aplicada ao condenado. Trata-se de um procedimento, caracterizado pela presença de cálculos, onde encontram-se presentes variáveis objetivas e subjetivas, essenciais para o deslinde da questão. Somente após esse cálculo, o magistrado obterá o *quantum* de pena a ser imposta ao ofensor-condenado. Dessa maneira, temos que essa

---

<sup>36</sup> A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, b, estabelece que “não haverá penas: (...) de caráter perpétuo (...)”.

operação considera três etapas: primeiro, deve-se encontrar uma pena inicial, denominada pela própria lei de pena-base. Esta pena será objeto de aumentos ou diminuições de acordo com as circunstâncias nas quais o crime foi praticado. Após a determinação da pena-base, deve o magistrado calcular, primeiramente, a pena-provisória, e, após, a pena-definitiva, nos termos previstos pelo art. 68 do Código Penal:

CP, art. 68, CP: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único: No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia a causa que mais aumente ou diminua.

Assim, temos, por bem, analisar cada uma das etapas de cálculo das penas. Frisa-se que o magistrado, quando da determinação do *quantum* a ser aplicado, deve fazê-lo de modo fundamentado, utilizando-se dos critérios previstos no Estatuto Repressivo.

#### **a) Pena-base**

O primeiro momento de fixação da pena refere-se à determinação da pena-base. Segundo o art. 68 do Código Penal, esta primeira modalidade de cálculo leva em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código. Consoante já apresentado no início deste capítulo, as circunstâncias que devem ser alvo de atenção do Estado-juiz são a culpabilidade (Cul), os antecedentes (Ant), a conduta social (Csoc), a personalidade do agente (Per), os motivos (Mot), as circunstâncias do crime (Ccrim), as conseqüências do crime (Conseq) e o comportamento da vítima (Vit). Excluindo a primeira circunstância, as quatro que seguem são critérios relacionados com o autor, enquanto que as três últimas referem-se ao fato praticado pelo delinqüente. O Estatuto Penal assim previu porque considera que todas essas circunstâncias merecem devido apreço para a condenação do delinqüente. Salienta-se que quando da aplicação de uma penalidade ao criminoso, está obrigado o magistrado a proceder ao exame de cada uma destas circunstâncias, não lhe sendo permitido esquivar-se da

análise de cada uma delas. Expõe-se as variáveis que compõem o cálculo da pena-base de maneira mais clara.

Pena-base = Culpabilidade + Critérios referentes ao autor + Critérios em relação ao fato praticado

e

Pena-base = Cul + Ant + Csoc + Per + Mot + Ccrim + Conseq + Vit

Assim sendo, considerando que o agente criminoso, de acordo com o modelo básico da teoria economicista do crime leva em consideração o custo do cometimento do ato infracionário, mister o exame dessas circunstâncias, porquanto relação direta possuem com a determinação do *quantum* a ser aplicado ao criminoso-condenado.

### **a.1) Culpabilidade**

Cumprindo aduzir que o critério da culpabilidade encontra-se presente em dois momentos distintos: o primeiro refere-se à própria determinação do crime e o segundo, à circunstância judicial que será considerada para a obtenção da pena-base. Assim, temos que a culpabilidade é definida como circunstância que fundamenta a existência do crime e também atua na determinação do *quantum* de pena a ser imposto a este mesmo crime.

Conquanto o Código Penal não tenha fornecido um conceito de crime, restringindo-se, consoante a sua lei de introdução, a qualificar o crime em função da penalidade a ele atribuída<sup>37</sup>, diversos juristas buscaram preencher esta lacuna. Dessarte, estabeleceu-se um conceito analítico de crime, decompondo o delito em suas partes constitutivas, o qual especifica que crime é toda a conduta humana típica, ilícita e culpável<sup>38</sup>. Diz-se típica, porque previamente prevista em dispositivo legal que a define e a individualiza. Diz-se ilícita, porque o seu cometimento está em confronto com a juridicidade. A prática de todos os elementos que compõem uma conduta prevista em uma norma do direito penal traz consigo, ademais da

<sup>37</sup> Ver art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP) na seção 4.1.1.

<sup>38</sup> Existem renomados juristas que entendem que no conceito de crime está presente somente a ação típica e a antijuridicidade, considerando a culpabilidade como pressuposto para a aplicação da pena. Neste sentido, cita-se Damásio, Mirabete e Delmanto.

tipicidade, indícios da ilicitude, que somente serão excluídos com os chamados tipos permissivos<sup>39</sup> de nosso ordenamento criminal. O exame da culpabilidade pressupõe o exame de três elementos normativos: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato praticado e a exigibilidade de conduta diversa.

A prática de um crime pressupõe uma conduta volitiva. A vontade associada a uma finalidade é elemento essencial do agir, de tal sorte que sem esta não haverá crime. A teoria adotada pelo Código Penal brasileiro é conhecida como teoria finalista da ação, em que a consecução de um crime exige uma vontade prévia de seu autor. Não basta simplesmente uma ação, um resultado e um nexos causal. Necessário que, associado a esta ação, exista uma vontade de praticar a conduta prevista no tipo incriminador. Ao se deparar com uma situação em que se observa um homem, um instrumento agudo em suas mãos e um morto estendido perto dele, pode-se estar diante do crime tipificado como homicídio, presente no art. 121 do CP, ou do crime de lesão corporal seguida de morte, com fulcro no art. 129, § 3º do CP. Tal situação, inclusive, poderia configurar um não-crime se o agente praticante estiver amparado por alguma excludente da ilicitude como a legítima defesa. O que vai diferenciar cada uma destas situações é a vontade do agente. Se observássemos simplesmente o resultado, as três situações seriam iguais, mas de acordo com a teoria da finalidade, essas situações se diferenciam do mesmo modo que se diferencia a finalidade da prática de cada ação.

A conduta praticada pelo agente pressupõe quatro elementos: vontade, finalidade, exteriorização e consciência. Somente as pessoas humanas são capazes de realizar condutas e, por esta razão, o ordenamento penal não tipifica condutas realizadas por animais irracionais. O indivíduo, dotado, em geral, de liberdade de escolha, opta entre um conjunto de condutas que poderia realizar aquela que lhe traz maior satisfação. Acontece que muitas das condutas escolhidas encontram-se já tipificadas como crime e o indivíduo ao escolher uma delas está optando por violar algum bem jurídico tutelado por uma norma penal. Ao fazer isso, estará sujeito a uma possível sanção penal se for julgado e condenado. Dessa maneira, o réu somente será condenado se a sua conduta for considerada, ademais de típica e ilícita, também culpável.

---

<sup>39</sup> Ver nota nº 5.

A culpabilidade como circunstância judicial a ser considerada para a determinação da pena-base pode ser entendida como o juízo de reprovação em relação ao comportamento ilícito do indivíduo imputável, que atua com consciência potencial da ilicitude de sua conduta, sendo possível e exigível a sua atuação de outro modo. Frisa-se que a culpabilidade aqui é vista como um juízo de reprovação. Ora, somente podemos falar em reprovação de uma conduta após a mesma ter sido praticada. Dessa maneira, temos presente o emprego da pena com fins retributivistas e não somente com o intuito de dissuadir o crime, o que pode acarretar implicações na conduta do delinqüente.

Segundo Regis Prado *apud* Nucci,

[...] a culpabilidade é considerada ‘como reprovação pessoal da conduta ilícita, fundamenta e limita a pena, vedando, ainda, a responsabilidade pelo simples resultado ou objetiva. Como fundamento da pena ‘refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Já como limite da pena é elemento de sua determinação ou medição, vedando que seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade’ (NUCCI, 2005, p.51-52).

Assim, denota excepcional importância o exame da culpabilidade, porquanto se traduz em elemento caracterizador do crime e também da quantificação da pena a ser atribuída a este mesmo crime. A ação humana típica e ilícita, sem a presença da culpabilidade, não se caracteriza como crime. Do mesmo modo, a determinação do *quantum* de pena-base sem o exame da culpabilidade não poderia permanecer íntegra.

O exame da culpabilidade, com o objetivo da determinação da pena-base, não é tarefa fácil para o magistrado, porquanto se trata de juízo de reprovação da conduta praticada pelo ofensor. A culpabilidade analisada aqui possui relação tanto com a gravidade da prática delitiva quanto com o próprio agente ofensor, atribuindo ao Poder Judiciário a função de quantificá-la. Nucci aduz que

[...] a medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição, que também integra o

processo de conhecimento e descoberta de dados na avaliação da prova (NUCCI, 2005, p. 190).

Continua o autor ao citar o STJ português que

[...] a pena em caso algum pode ultrapassar a medida da culpa, mas é muito difícil, na falta de um padrão disponível ‘medir’ a culpa de quem pratica fatos criminalmente repreensíveis. O juízo da culpa releva, assim, necessariamente, da intuição do julgador, assessorada pelas regras da experiência. Como juízo de valor, é um juízo de apreciação que enuncia o que as coisas valem aos olhos da consciência e o que deve ser do ponto de vista da validade lógica e da moral ou do direito, este fornecido pela punição prescrita para o fato (NUCCI, 2005, p. 190-191).

Há quem sustente que essa culpabilidade genérica do art. 59 do CP é o resultado do somatório das demais circunstâncias previstas neste dispositivo legal<sup>40</sup>. De qualquer maneira, traduz-se essa primeira circunstância a ser obrigatoriamente analisada pelo Estado-juiz em um critério dotado de discricionariedade, em que o magistrado buscará identificar em que medida a conduta do agente criminoso é reprovável. Embora Boschi (2002, p. 195) sustente que “o legislador brasileiro, ao que se extrai do artigo 59 do CP, optou por uma fórmula mista ao declarar que a culpabilidade e as demais variáveis de influência determinarão pena necessária à reprovação e prevenção da criminalidade”, percebe-se forte viés retributivista da pena, porquanto baseia-se em um substancial juízo de reprovação da conduta delitiva. Na determinação do *quantum* de culpabilidade, o magistrado observa o passado, relacionando o ofensor com o ato por ele praticado, graduando em maior ou menor grau a vontade reprovável, nos crimes dolosos, ou em maior ou menor descuido do agente nos crimes culposos.

## a.2) Antecedentes

---

<sup>40</sup> Nucci (2005, p. 191) expõe que a culpabilidade prevista no art. 59 do CP pode ser expressa da seguinte maneira: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade. Por sua vez, Reale Júnior (2003, p. 84) explicita que a culpabilidade é um termo genérico composto pelos antecedentes, conduta social, personalidade e motivos.



Uma outra circunstância judicial que o magistrado deve considerar para a determinação do *quantum* da pena-base são os antecedentes do ofensor. Por antecedentes, entende-se o histórico criminal pregresso do delinqüente que não possui aptidão para caracterizar a reincidência. Trata-se de um critério referente ao autor e não ao fato que está sendo julgado, em que o objeto analisado é unicamente o histórico criminal do criminoso, graduando o *quantum* a ser aplicado a título de antecedentes em razão do número de outros crimes, com condenação já transitada em julgado, não passível de utilização para caracterizar a reincidência.

Ora, a reincidência, consoante o art. 63 do Código Penal, é verificada quando o delinqüente, ao cometer um novo crime, já possui contra si sentença transitada em julgado<sup>41</sup> de crime anteriormente praticado. Dessa maneira, se este ofensor, que já foi julgado e condenado em processo onde não caiba mais recurso de sua condenação, cometer, após, outro crime, este histórico criminal servirá para caracterizar a reincidência. No entanto, se o trânsito em julgado da condenação pelo crime anterior ocorrer após o cometimento do segundo crime, tal condenação não será suficiente para caracterizar a reincidência, configurando-se, contudo, em elemento identificador de maus antecedentes, o que permite o magistrado elevar a pena-base acima do limite mínimo previsto na lei.

Existe na doutrina algum questionamento acerca da possibilidade dos antecedentes serem utilizados para aumentar a pena-base. Esta parte da doutrina<sup>42</sup> entende que a vida passada do delinqüente não pode servir de base para aumento da pena-base no presente, porquanto o antecedente do condenado não tem ligação direta com o atual crime cometido. Se se utilizassem condenações passadas, poder-se-ia estar legitimando penas-bases diferentes para o mesmo tipo de crime, considerando que um dos agentes condenados possui, em seu histórico criminal, condenação outra que nada tem a ver com a atual prática delitativa.

Questão interessante é a ausência de determinação do *quantum* de pena-base a ser aumentado, é dizer, a lei não estabelece até que ponto o Estado-juiz, ao determinar a quantidade de sanção penal, pode afastar-se do mínimo legal. Ocorre que, mais uma vez, a lei

---

<sup>41</sup> Trata-se de sentença onde não cabe mais recurso. Isso significa que o processo já terminou, devendo prevalecer a decisão dada.

<sup>42</sup> Teles (2004, p. 398), por exemplo, expende que “fixar pena com base no passado do agente é o mesmo que fixa-la com fundamento em sua raça, na religião que professa, na cor de seus olhos ou de sua pele, ou na textura de seus cabelos. É fixa-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado”.

concede discricionariedade para o julgador individualizar a pena, tendo em vista o caso concreto. Boschi (2002, p. 201), neste tema, argumenta que um “dado significativo a ser levado em consideração na sentença, para a graduação dos antecedentes, é o que diz com o número de infrações pretéritas, de modo a preservar-se situações de diferença. Quanto maior o número de condenações, maior naturalmente, haverá de ser a censura”. Assim sendo, a graduação da pena-base, no tangente à variável dos antecedentes, comporta um elemento objetivo, isto é, o número de crimes com condenação já transitada em julgado, e um elemento subjetivo, é dizer, o afastamento, que, embora se baseie neste número de crimes, é graduado subjetivamente pelo magistrado.

### **a.3) Conduta social**

Trata-se do exame do comportamento do criminoso no contexto da sociedade em que vive. Esta variável pressupõe o exame da conduta do delinqüente em relação à sociedade em que está inserido, buscando traçar a sua inserção nesta mesma sociedade. Greco (2007, p. 564) aduz que “os antecedentes traduzem o passado criminal do agente; a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais”.

Embora seja admitida ampla variedade de provas, a demonstração dessa circunstância, em geral, provém de prova oral, na qual são ouvidas testemunhas abonatórias, é dizer, testemunhas não relacionadas com o crime cometido, mas que expõem a vida pregressa do condenado em seu seio social.

A conduta social engloba a relação do delinqüente com os demais indivíduos, quer seja no ambiente do trabalho, quer seja no âmbito familiar ou da própria comunidade em que vive. Teles assevera que

[...] o juiz deve verificar a integração do condenado no meio social em que ele vive, e não no meio social que o juiz considera adequado. Deve verificar se seu comportamento é compatível com o aceito no ambiente de seu estrato social, por exemplo, na favela, com todas as suas características. Se, em seu meio, o condenado cumpre seus

deveres, suas obrigações sociais, respeita os valores ali cultivados, convive harmoniosamente com seus pares, tal circunstância lhe será favorável, militará em seu favor, beneficiando-o com pena-base próxima do mínimo (TELES, 2004, p. 399).

Mais uma vez, o legislador penal preferiu adotar critério relacionado com o autor do fato criminoso e não, propriamente, com o crime cometido. Ora, tal critério afasta-se expressamente do delito praticado, sendo considerado para a quantificação da pena a conduta exercida pelo agente em seu convívio social, sem, contudo, estar este comportamento vinculado à prática delitiva. Não faz parecer ter o legislador implantado este critério com fins de prevenção do crime. Ao contrário, expende-se que esta variável possui nítida carga retributivista, abrindo possibilidade da pena-base ser aumentada, em face de circunstâncias da vida do condenado que nada possui de relação com o fato por este praticado, é dizer, permitiu o legislador penal um juízo de reprovação em relação ao próprio ofensor. Teles (2004, p. 399) adverte, inclusive, que isso “representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez”, configurando-se, mais uma vez, em um permissivo para a discricionariedade do julgador.

#### **a.4) Personalidade**

Segundo Mario Fedeli *apud* Nucci, a personalidade

[...] representa a totalidade completa, a síntese do Eu: constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. [...] A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende. ‘A personalidade é que vai constituir a originalidade e a nobreza da individualidade, pois ela revela as escolhas e as preferências dadas a um determinado valor’ (NUCCI, 2005, p. 206).

O exame do critério da personalidade é o exame do delinqüente, enquanto indivíduo. Ao estabelecer esta circunstância judicial, preocupou-se o legislador penal em analisar o próprio delinqüente e não o fato por este praticado. Frisa-se que o que legitima o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, por conseqüência, do critério da personalidade, é o cometimento de um fato ilícito, sendo que o *quantum* de pena-base a ser atribuído à comissão deste fato possui relação, segundo o entendimento deste critério, não

com o próprio fato, mas ao contrário, relacionando-se com o próprio indivíduo. Assim, exacerba-se aqui o critério da reprovação não do agir, senão do próprio ser, o que, novamente, denota, significante instrumento discricionário de posse do julgador.

No sentido acima exposto,

[...] a constatação pelo Estado-juiz de que o acusado é portador de transtorno de personalidade deveria determinar não a exasperação da pena-base pelo fato cometido, e sim, o exercício de direito subjetivo deste de reclamar o indispensável apoio técnico, para libertar-se do problema e alcançar a elevação social e humana. Aliás, nos termos em que estamos colocando a questão, não seria absurdo afirmar que os acusados portadores de transtorno de personalidade deveriam merecer abrandamento da censura penal, salvo naqueles casos em que, conscientemente, fazem do crime um meio de vida (BOSCHI, 2002, p. 209).

Explicita Boschi (2002), que a anomalia da personalidade deveria resultar em abrandamento da pena-base e não a sua elevação. Do mesmo modo que os semi-inputáveis, é dizer, aqueles que sofrem de perturbação mental, possuem direito à redução da pena, nos termos do art. 26, parágrafo único<sup>43</sup>, do Código Penal, aquele que possui uma personalidade não saudável também deveria ver a sua pena-base reduzida.

Em sentido diametralmente oposto é o seguinte entendimento:

[...] não nos parece devamos encarar a questão sob a ótica de que a punição está sendo efetivada por conta do modo de ser de uma pessoa. Para decidir se houve ou não crime, o juiz não leva em conta a personalidade. Logo, inexistente punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se sua liberdade de agir ou pensar. Entretanto, justamente para evitar a padronização da pena, após a constatação de que o delito ocorreu, deve-se levar em consideração, sim, o modo de ser do acusado, inclusive porque a premeditação do delito, por exemplo, cultivada de forma lenta e gradual, calculada, estudada e maquiavelicamente executada é demonstrativa de uma personalidade maldosa e desleal, merecedora de maior censura (NUCCI, 2005, p. 211-212).

---

<sup>43</sup> Art. 26, parágrafo único, do Código Penal: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ora, segundo este entendimento, o transtorno da personalidade deve ser utilizado para o aumento da pena-base e não para a sua redução. Essas duas posições evidenciam, claramente, o significativo teor de discricionariedade que se reveste o exame desta circunstância judicial, a que o legislador penal associou um elemento de retribuição.

#### **a.5) Motivos**

Cediço que todo agir está associado a um motivo. Argüi Teles (2004, p. 401) que “o homem, consciente das leis da natureza, capaz de prever os acontecimentos, e de dirigir sua atividade no ruma de alcançar esse ou aquele resultado, age, sempre, com uma finalidade”. Este critério de graduação da pena-base leva em consideração às finalidades do agir criminoso. Pode o delinqüente ter praticado a sua conduta impelido por relevante valor social, ou pode tê-la praticado por motivos de vingança ou outro fim menos tolerado pela sociedade. Trata-se de um critério de passagem entre a figura do agente criminoso e o fato por este praticado. Analisa-se aqui as razões que levaram o delinqüente a comportar-se daquela maneira, ocasionando com sua conduta lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal. No entanto, não se deixa de lado o fato praticado, porquanto o criminoso somente agiu para atingir o fim a que visava.

Tristão (2001, p. 50) considera que por motivos do crime tem-se “todos os fatos que moveram o réu a cometer o delito. Motivo é o antecedente psicológico do ato volitivo”. No entanto, cumpre asseverar que existem casos em que os motivos são considerados, por força de lei, circunstâncias atenuantes, agravantes, qualificadoras<sup>44</sup> e minorantes<sup>45</sup>. Nestes casos, por haver expressa previsão legal, esses motivos específicos não são levados em consideração para a determinação do *quantum* da pena-base, evitando-se com isso a utilização do mesmo critério em situações que também refletirão na determinação da pena-definitiva.

---

<sup>44</sup> Por exemplo, consoante o art. 121, § 2º, II, do Código Penal: “Se o homicídio é cometido: II – motivo fútil”, utiliza-se margens de penas mais elevadas entre 12 e 30 anos e não mais entre 6 e 20 anos, que caracterizam o homicídio simples.

<sup>45</sup> Por exemplo, segundo o art. 121, § 1º, do Código Penal, “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Os motivos devem ser analisados pelo magistrado quando da determinação do *quantum* de pena-base a ser aplicado ao condenado. Não obstante, salvo as situações em que os motivos caracterizam qualificadoras ou minorantes, não estabelece a lei um percentual a ser utilizado para a graduação desta penalidade, deixando, mais uma vez, a cargo do Estado-juiz, a discricionariedade necessária para a fixação mais justa da pena-base, diante do caso em concreto.

#### **a.6) Circunstâncias do crime**

Segundo Greco,

[...] as circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 da PG/84<sup>46</sup> e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso, etc (2007, p. 566).

Em outros termos, considera-se como circunstâncias do crime todos aqueles elementos que a lei não expressamente especifica e que orbitam ao redor do delito, possuindo com ele íntima relação. Trata-se de elementos que podem caracterizar situação mais repudiada pela sociedade. Baltazar Júnior (2004, p. 176) exemplifica algumas dessas circunstâncias ao expor uma situação em que a vítima de um crime de lesões corporais, embora caída no chão continua sendo agredida, ou, v.g., na situação em que, no crime de roubo, a vítima fica durante muitas horas sob a mira de arma de fogo e agressões físicas.

A análise feita acerca deste critério tem como foco central o exame do fato praticado. São as situações reflexas ao fato criminoso que serão objeto de determinação da pena-base. Da mesma maneira que as circunstâncias judiciais anteriores, a presente variável, conquanto

---

<sup>46</sup> Refere-se ao artigo 59 do atual Código Penal, com a redação dada pela alteração ocorrida em 1984, ainda vigente hoje e expressa no início deste capítulo.

baseada em fatos menores conectados ao fato principal, será utilizada para elevar ou reduzir a pena-base segundo a discricionariedade do julgador.

#### **a.7) Conseqüências do crime**

Tal como o anterior, este critério de determinação da pena-base tem sua referência no exame do fato criminoso. O fato criminoso é a baliza na qual os demais fatos que o rodeiam são levados em consideração. Sem embargo, o presente critério diferencia-se do anterior em razão do momento do surgimento dos fatos secundários. Enquanto que nas circunstâncias do crime, os fatos menores que vão influir na pena-base ocorrem paralelamente ao cometimento delitivo, as conseqüências do crime vão se localizar após o início da prática ilícita. Tanto um quanto outro critério vão interferir no *quantum* de pena-base, mas as conseqüências do crime têm como marco o desencadear do agir criminoso.

Faz-se necessário esclarecer uma questão chave. A lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal não é considerada como conseqüência do crime, porquanto é o resultado principal do próprio crime. Torna-se mais fácil compreender com o seguinte exemplo: diante de um crime de homicídio consumado, a morte de um indivíduo é o resultado natural deste delito e, portanto, esta morte não é considerada como conseqüência do crime para fins de determinação da pena-base. No entanto, se a vítima deste crime for, por exemplo, um pai de família, que deixa ao desamparo mulher e filhos pequenos, esta situação será considerada para fins de graduar a pena-base. Assim, as conseqüências do crime aqui analisadas podem ser entendidas como aquelas situações que resultam do crime mas que não são o objeto principal do delito cometido.

Por se tratarem de situações da vida, em que o julgador somente terá acesso diante de uma situação concreta, estabelece a lei que seja considerado para a graduação da pena-base, sem contudo estabelecer quanto esta circunstância irá influir na determinação daquela. Como todas as circunstâncias judiciais aqui apresentadas, as conseqüências do crime dependerão da discricionariedade do juízo julgador. Teles (2004, p. 404) assevera que “as conseqüências de todo e qualquer crime são, por isso, graduáveis, e quando causadoras de grandes prejuízos aos homens ou à sociedade, importarão em reprimenda maior ao condenado”.

### **a.8) Comportamento da vítima**

Estabeleceu o legislador penal circunstância judicial relacionada à própria vítima. Essa circunstância não tem o condão de legitimar a conduta ilícita praticada pelo agente. Na verdade, procurou o legislador introduzir uma variável que considerasse aquelas situações em que, pelo contexto em que ocorre o crime, a participação da vítima é influenciadora do agir delitivo.

Teles (2004, p. 405) explicita que “o agente não será desculpado, mas o que tiver realizado comportamento injusto – típico ilícito –, em circunstância na qual se pode verificar o comportamento da vítima como elemento incentivador, favorecedor, haverá de merecer maior compreensão do julgador e, de conseqüência, menor reprovação”. Segundo o preceito do art. 59 do Código Penal, o magistrado, considerando as circunstâncias judiciais ora analisadas, estabelece a quantidade da pena-base de maneira necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Ora, o comportamento da vítima não interfere na finalidade de prevenção do delito. Muitas vezes, é a influência desse comportamento que incentiva a prática delitiva. Sendo assim, entende-se que esta circunstância caracteriza o critério retributivista da pena exposto no primeiro capítulo deste trabalho. Dessa maneira, abre-se espaço para que o comportamento da vítima possa influenciar o fato ilícito cometido. Frisa-se que não se está aqui justificando nenhum fato criminoso. Apenas, ressalta-se a relação entre o comportamento da vítima a este fato.

Conclui Nucci que

[...] ao aplicar a pena, o juiz deve considerar a possibilidade de elevação da pena-base quando a vítima encaixa-se no perfil da ‘vítima ideal’, que em nada contribui para a realização do delito. Por outro lado, deve computar, para equilibrar a pena, a atitude imprudente da vítima parcialmente culpável, bem como aquelas que agem com escassa culpabilidade e as que são voluntárias. Quanto às vítimas culpáveis, no caso da provocadora, o agente será absolvido, o mesmo ocorrendo com o caso envolvendo a falsa vítima. Resta a análise da conduta da vítima que propicia a concretização do delito. Nesse caso, deve o juiz voltar-se à redução da pena-base, quando possível (2005, p. 229-230).



Assim, o *quantum* de pena-base é determinado, levando-se em conta também o comportamento da vítima. Contudo, o aumento ou a redução desse *quantum* não vem expresso na lei, cabendo, assim como nas demais circunstâncias, o magistrado determiná-lo.

Desta maneira, foram apresentadas as circunstâncias que devem ser consideradas pelo Estado-juiz quando da determinação da pena-base, o qual servirá como referência para as penas provisória e definitiva. Ressalta-se ao longo dessa apresentação que os critérios, quer sejam relacionados com o próprio agente, quer sejam relativos ao fato criminoso praticado, guardam estreita relação com a discricionariedade do juízo, é dizer, a lei estabelece o sentido que deve caminhar o magistrado, elevando ou reduzindo a pena, sem especificar a quantidade de passos a ser percorrida. Assim, nítida é a carga subjetiva inerente à determinação da pena-base.

Considerando que associado a todas as circunstâncias judiciais expostas aqui existe significativa discricionariedade judicial, a fórmula que antes foi apresentada não teria razão de ser, porquanto se todas as variáveis que a formam detêm características subjetivas, não há como prever a pena a ser aplicada. Nestes termos:

$$\text{Pena-base} = \text{Cul} + \text{Ant} + \text{Csoc} + \text{Per} + \text{Mot} + \text{Ccrim} + \text{Conseq} + \text{Vit}^{47}$$

e

$$\text{Pena-base} = \text{discricionariedade do julgador}$$

No entanto, se assim fosse, o direito penal não teria razão de existir. O Estatuto Repressivo existe para limitar o poder do Estado em intervir na vida dos indivíduos que a ele se sujeitam. Um Código Penal que permitisse ampla discricionariedade do Estado-juiz de nada serviria. Inconcebível que a determinação da pena ficasse a mercê do humor daquele que fosse julgar o criminoso. Não há como olvidar que o século XVIII foi palco justamente dessa questão, é dizer, da não aceitação de que as penas dependessem livremente da vontade do julgador. Foram citadas, ao longo deste trabalho, as posições de Beccaria e Bentham quanto a isso.

---

<sup>47</sup> Conforme apresentado na subseção 4.1.2 'a', trata-se da Culpabilidade (Cul), Antecedentes (Ant), Conduta Social (Csoc), Personalidade do agente (Per), Motivos (Mot), Circunstâncias do crime (Crim), Conseqüências do crime (Conseq) e Comportamento da vítima (Vit).

Embora o Código Penal não tenha estabelecido a amplitude de cada passo a ser trilhado pelo julgador, a jurisprudência<sup>48</sup> percebeu a necessidade de evitar os excessos que, porventura, iriam decorrer de normas que permitissem demasiada subjetividade. Sendo assim, reiteradas decisões acabaram por confluir em um conjunto de regras que limitassem essa discricionariedade.

Boschi explicita como primeira regra a seguinte:

Quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, por ser mínimo o grau da culpabilidade, deverá ser individualizada no mínimo abstratamente cominado (2002, p. 214).

O Estatuto Penal brasileiro, como tantos outros, adotou o sistema de margens afim de estabelecer as sanções penais que poderiam ser aplicadas para cada criminoso julgado e condenado. Assim, a cada tipo penal descrito na lei, encontra-se associado uma sanção, em abstrato, que representa um espaço determinado de penalidade que pode ser aplicado contra o delinqüente condenado. Dessa maneira, por exemplo, ao crime de homicídio simples<sup>49</sup>, temos um conjunto de possibilidades de apenamento que inicia dos 6 anos de pena e percorre o espaço-tempo até chegar ao limite superior de 20 anos. Do mesmo modo, no crime de calúnia<sup>50</sup>, temos um período determinado que inicia nos 6 meses, podendo atingir até 2 anos.

A prática reiterada de nossos tribunais terminou por estabelecer que, na situação de inexistir qualquer circunstância judicial desfavorável ao réu-condenado, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, é dizer, deve, por exemplo, ser fixada nos 6 anos, na hipótese do crime ser o de homicídio simples, ou estabelecida nos 6 meses, no caso do crime de calúnia. Essa regra é muito importante, porquanto reduz consideravelmente o custo de cometer o crime para o delinqüente. De fato, o estabelecimento da pena-base no mínimo, apesar da potencial discricionariedade, tem se tornado comum nos tribunais.

---

<sup>48</sup> Significa as reiteradas interpretações que os tribunais realizam acerca da lei, analisando os casos a eles submetidos.

<sup>49</sup> “Art. 121, CP: Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos (...)”. Ver nota n° 33.

<sup>50</sup> “Art. 138, CP: Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (...)”. Ver nota n° 34.

Expende Boschi que

[...] a individualização da pena-base inicia-se com a determinação pelo magistrado, em separado, do conteúdo fático das circunstâncias judiciais, na ordem em que elas aparecem no texto do artigo 59; seguem com a aferição do conteúdo axiológico (valor positivo ou negativo) de cada uma delas e encerra-se com a percentualização axiológica do respectivo conjunto (valoração inteiramente favorável, relativamente favorável, inteiramente desfavorável ao réu). (...) se, na aferição do conteúdo axiológico do conjunto o resultado for positivo, isso significará que a reprovação (culpabilidade) pelo fato cometido deverá ser a menor possível (2002, p. 215).

Ora, inexistir circunstância judicial desfavorável ao réu significa que o nível de reprovação é baixo o necessário para não interferir na pena-base. Não quer dizer que a reprovação inexistente, mas ela é suficientemente baixa para não alterar a pena-base, que irá se localizar nos limites marginais inferiores de prevenção associados ao delito. Considerando que as circunstâncias judiciais possuem pesos idênticos, com equivalentes poderes de influência sobre a pena-base, faz-se possível uma melhor aproximação de cálculo, em face da maior grandeza das circunstâncias judiciais envolvidas.

Como segunda regra, temos a que segue:

Quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente (ou desfavoravelmente ao réu), a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado (BOSCHI, 2002, p. 216).

O percurso do exame da pena pressupõe grandezas e não números estanques. Trabalha-se com intervalos no intuito de cada vez mais estreitá-los, resultando em um número ideal, é dizer, em uma pena que reflita a contrapartida do comportamento delitivo. Embora não se possa precisar o número exato de aumento a ser aplicado na pena-base, temos que a presença de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis para o delinquentes condenado fará com que se parta da margem inferior em direção a superior, sem jamais atingi-la. Ocorre que os tribunais, em reiterados julgados, adotaram passos curtos nesse caminho sancionatório. Refreados pela barreira imaginária do termo médio, que logo será abordado na terceira regra, renovadamente, tem-se decidido os diversos juízos por um maior apego à margem inferior da sanção criminal, deslocando-se muito pouco acima desta quando de circunstâncias negativas

ao ofensor. Nesta situação, estar-se-ia diante de um grau médio de reprovação, que é evidenciado pelo deslocamento da pena ao longo dos limites marginais.

Por fim, como última regra, explicita-se a seguinte:

Se o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do 'termo médio' (BOSCHI, 2002, p. 217).

O termo médio que antes nos referimos nada mais é que a média aritmética entre os limites máximo e mínimo estabelecidos na lei. Nos exemplos anteriormente citados, temos como termo médio para o homicídio simples a pena de 13 anos ( $= (20 + 6) / 2$ ) e para o crime de calúnia, 15 meses ( $= (6 + 24) / 2$ ).

Tem decidido a jurisprudência que diante do grau máximo de reprovação, deve-se estabelecer a pena-base no valor equivalente ao termo médio e não sobre a margem superior. Ocorre que como a pena-base é a primeira modalidade de cálculo antes da obtenção da pena definitiva, estabelecer já neste primeiro momento no grau mais elevado possível inviabilizaria os demais cálculos, fazendo do sistema trifásico de fixação da pena um mero sistema único, de uma só fase, para a determinação desta.

## **b) Pena Provisória**

Uma vez determinada a pena-base, faz-se possível o cálculo da pena provisória. Esta pressupõe a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes sobre a pena-base inicial. Esta é a razão pela qual foi aprofundada a estrutura da pena-base. Sem embargo, ao contrário das circunstâncias judiciais analisadas ao longo do item (a), as agravantes e atenuantes são circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias (BOSCHI, 2002, p. 240). Tratam-se de circunstâncias legais, porque são previstas expressamente em lei, o que implica dizer que inexistem qualquer outro tipo de agravante ou atenuante que não esteja discriminado ao longo

do art. 61<sup>51</sup> do Código Penal (CP) e seguintes, com exceção do previsto no art. 66 do mesmo diploma legal que, ao prescrever atenuantes inominadas, abre espaço para a utilização de outras circunstâncias relevantes.

Cumprir expender que não será analisado aqui cada uma dessas circunstâncias, porquanto desnecessárias como objeto de estudo do presente trabalho. Parte-se de imediato para a forma de cálculo desta segunda fase de determinação do *quantum* de pena, analisando em conjunto as circunstâncias agravantes e atenuantes.

A lei é silente no que se refere ao *quantum* de alteração da pena-base a ser aplicado em razão da existência de agravantes e atenuantes. Mais uma vez, permitiu o Diploma Penal a prevalência de discricionariedade do julgador, ao não estabelecer as distâncias que este pode trilhar ao partir do ponto inicial localizado sobre a pena-base. Contudo, estabeleceu

---

<sup>51</sup> Art. 61, CP: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.”

Art. 62, CP: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

Art. 63, CP: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

Art. 64, CP: “Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

Art. 65, CP: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.”

Art. 66, CP: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Art. 67, CP: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”

importante regra no art. 67 do Código Penal, ao permitir a compensação entre estas circunstâncias. Ora, se existe compensação é porque há a possibilidade de uma circunstância anular a outra. Assim, embora as circunstâncias agravantes ou atenuantes não possam ser expressas, em princípio, em um *quantum* numérico, podem ser representativas de pesos, permitindo, portanto, a compensação entre aquelas que possuem equivalentes pesos.

Frisa-se que nem todas as circunstâncias possuem igual peso. Há algumas que, por sua relevância maior, preponderam sobre as outras, de modo a exercer maior influência na alteração da pena-base. Com fulcro no art. 67 do Código Penal, foram elevadas como circunstâncias preponderantes as relacionadas aos motivos do crime, personalidade do agente e a reincidência. Delmanto (1998, p. 116) argumenta que “quando ocorre concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes devem prevalecer as circunstâncias de cunho subjetivo, que o CP classifica como preponderantes, ou seja, as que resultam ou se originam dos motivos do crime, personalidade do agente e reincidência”. Explicação melhor acerca desta questão é trazida por Nucci ao asseverar que

[...] o norteamo não é rígido, pois cabe ao juiz estabelecer quais são exatamente as preponderantes, visto que não há nenhuma agravante ou atenuante diretamente vinculada à personalidade do agente. Cuida-se de hipótese a ser trabalhada e construída pelo julgador no momento de avaliar cada uma delas. É possível, portanto, que, fruto de uma personalidade forte, erguida em bases de franqueza e sinceridade, conseqüentemente de valoração positiva, alguém confesse espontaneamente a autoria de um delito. Torna-se atenuante da confissão uma daquelas a ser considerada preponderante, pois vinculada à personalidade. Em confronto com uma agravante não preponderante, deve levar o juiz a reduzir a pena-base (2005, P. 286).

Dessa maneira, estamos diante da seguinte situação: existem circunstâncias agravantes e atenuantes de igual peso e que, portanto, são passíveis de compensação, e circunstâncias agravantes e atenuantes de natureza subjetiva e que, por conseqüência, possuem peso superior, influenciando mais decisivamente na alteração da pena-base. E entre estas últimas, prevalece ainda a mais benéfica ao réu<sup>52</sup>. Baltazar Júnior (2004, p. 100) entende possível a compensação entre duas agravantes não preponderantes com uma atenuante preponderante, ou

---

<sup>52</sup> Baltazar Júnior (2004, p. 101) cita acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde consta que “no concurso entre agravantes e atenuantes obrigatórias, de natureza subjetiva, prepondera a mais benéfica ao réu” .

vice-versa, o que significa dizer que possuem as circunstâncias preponderantes um duplo peso, passível de compensação proporcional com as demais circunstâncias.

Uma vez identificadas as circunstâncias presentes no caso em concreto, com seus pesos devidamente atribuídos, ainda resta analisar quanto de alteração deve ser procedida em caso de saldo positivo nesta compensação. Claro está que diante de uma compensação perfeita, a pena-base não se moverá, passando-se para a próxima fase da dosimetria da pena tal como determinada inicialmente. No entanto, diante de uma compensação que reste saldo positivo, a lei nada diz a respeito da quantidade de pena que deve ser aplicada sobre a pena-base. Diante desta lacuna, a doutrina tem elegido o percentual de até um sexto sobre a pena-base. Greco expende que

o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes) (2007, p. 569).

Dessa maneira, temos que se na compensação restar algum saldo, este não há como ultrapassar um sexto do *quantum* fixado.

### **c) Pena Definitiva**

Uma vez definida a pena-base, com as posteriores alterações que resultam na pena-provisória, cumpre ainda o magistrado percorrer uma terceira etapa no cálculo da pena, a fim de encontrar a pena definitiva a ser aplicada ao criminoso condenado. Tem-se, por bem, ressaltar que a base de cálculo da pena definitiva é a pena provisória, possuindo esta como seu marco referencial a pena-base.

Esta última etapa, comparada com as anteriores, pode ser considerada de menor discricionariedade, porquanto o legislador preferiu aqui estabelecer limites ao poder

discrecionário daquele que julga. O cálculo da pena definitiva utiliza as causas de diminuição e aumento da pena discriminados ao longo do Código Penal. Assim, a pena definitiva considera a pena provisória como ponto de partida e sobre ela aplica o percentual estabelecido na lei. Esses percentuais que aumentam ou reduzem a pena provisória estão, expressamente, previstos no diploma legal, cabendo ao magistrado aplicá-los a fim de obter a pena que será imposta ao condenado. Como exemplo, citamos os artigos 121, § 4º e 60, § 1º como causas de aumento da pena, e os artigos 121, § 1º e 16, todos<sup>53</sup> do Código Penal, como causas de diminuição da pena. Essas causas de aumento e diminuição da pena estão presentes tanto na parte geral quanto na especial do Estatuto Repressivo, sendo, portanto, passível de conhecimento pelo delinqüente quando de sua opção pela prática do crime.

Cumpra, ainda, tecer alguns esclarecimentos. Diante da existência em um mesmo crime de circunstâncias majorantes e minorantes, não há falar-se em compensação nesta terceira fase, mas sim em aplicação de ambas sobre a pena provisória, com a incidência, em primeiro lugar, das prejudiciais ao condenado, com a posterior utilização daquelas que vão agir na redução da pena. Outra questão importante a ser manifestada é a tangente aos limites marginais da pena. Antes havíamos mencionado que o legislador adotou no Brasil o sistema de margens para a pena, na qual a pena do condenado dever-se-ia situar entre os limites inferiores e superiores, expressamente, previstos. No entanto, não é absoluta essa afirmação, em razão do cálculo da pena nesta terceira e última fase. Ocorre que aqui o percentual que for aplicado sobre a pena provisória pode deslocar a mesma no sentido de ultrapassar a barreira marginal imposta pela lei, o que não era possível nas fases anteriores<sup>54</sup>. Dessa maneira, por exemplo, pode-se ter como pena definitiva a ser imposta um *quantum* situado fora dessas margens. Resta, ainda, um último comentário a ser feito. Há situação em que o legislador

---

<sup>53</sup> Art. 121, § 4º, CP: “No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.”

Art. 60, § 1º, CP: “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

Art. 121, § 1º, CP: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.”

Art. 16, CP: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

<sup>54</sup> Há discussão acerca da possibilidade de se ultrapassar os limites inferiores já no cálculo da pena provisória. Neste sentido, cita-se Teles (2004, p. 407-411). No entanto, o entendimento dominante, forte na Súmula 231 do STJ, é no sentido de que a pena provisória não pode ficar aquém do mínimo legal.



concedeu certa discricionariedade para o julgador<sup>55</sup>. Nesse caso, compete a ele escolher entre os estreitos limites concedidos o percentual que melhor represente a justiça no caso concreto. Por certo que tal escolha não pode recair em infundada arbitrariedade judicial, devendo-se ater ao grau de reprovação obtido na primeira fase do cálculo da pena (BOSCHI, 2002, p. 301-305), é dizer, se na pena-base inexistiu causa que elevasse a própria pena-base acima do mínimo legal, então deve o magistrado nesta terceira fase escolher o menor percentual previsto na lei.

Cita-se, como exemplo, o seguinte caso. Consoante já apresentado, as margens penais previstas para o crime de homicídio simples situam-se entre 6 e 20 anos. Assim, aquele que cometer o crime tipificado em lei como de homicídio simples estará passível de, em sendo capturado, processado, julgado e condenado, uma pena entre essas margens. Analisando as circunstâncias judiciais previstas no nosso item (a), pode o julgador entender que inexistente ou pouco existe alguma circunstância que possa prejudicar o réu condenado, determinando que a pena-base se situe na margem mínima ou pouco se afastando desta. Assim, a título de exemplo, pode o julgador fixar a pena-base em 6 anos. Na segunda fase, ao analisar as circunstâncias legais que agravam ou atenuam a pena, pode inexistir as situações dos dispositivos já expostos ou pode ocorrer uma compensação. Suponhamos que, inexistindo situação que altere a pena-base, temos como pena provisória os mesmos 6 anos inicialmente determinados. Por fim, no exame da pena definitiva, pode-se estar diante do fato de que este crime de homicídio simples foi cometido por motivo de relevante valor social. Diante desta situação, prevê a lei que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço<sup>56</sup>. Assim, considerando a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, o magistrado optará pelo percentual de um terço sobre a pena provisória, resultando em uma pena definitiva de 4 anos. Com a passagem por essas 3 etapas, tem-se a obtenção da pena privativa de liberdade a ser imposta ao condenado.

#### **4.1.3 Pena de multa**

---

<sup>55</sup> Como exemplo, cita-se o art. 121, §1º do Código Penal, em que o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>56</sup> Ver nota nº 55.

A pena de multa, juntamente com a pena privativa de liberdade anteriormente analisada, é considerada uma das modalidades de penas disciplinadas no Código Penal (CP), e seu conceito encontra-se presente no art. 49 do referido diploma:

Art. 49, CP: A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Partindo do referido artigo, faz-se possível alguns comentários importantes. No que se refere aos sujeitos envolvidos nesta relação, temos que de um lado, está o criminoso condenado, que, em face de sua sujeição à penalidade imposta pelo juiz, vê-se obrigado ao pagamento da multa. No entanto, aquele que irá receber a multa não é a vítima, como quer parecer a teoria economicista de Becker. No sistema de multa presente no Brasil, o pagamento do valor arbitrado é destinado ao fundo penitenciário e não à vítima, razão pela qual aqui a multa não pode ser entendida como uma simples transferência de valores entre sujeitos. Aquele que teve, com a prática delitiva, um prejuízo, não obtém compensação com a penalidade de multa. A multa, em verdade, é dirigida a um terceiro equidistante dos sujeitos envolvidos. É o fundo penitenciário que termina por receber o valor da multa.

A pena de multa pode ser aplicada de maneira isolada, é dizer, sem a presença concomitante de outra pena, conquanto não seja a situação mais comum. Trata-se do caso do art. 22<sup>57</sup> da Lei das Contravenções Penais (LCP) e do art. 155, § 2º<sup>58</sup> do Código Penal (CP). Há também a possibilidade da pena de multa ser aplicada cumulativamente com outra espécie de sanção penal, ou seja, utilizando-se juntamente com a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito ou a pena de prisão simples. Existe também a possibilidade desta pena de multa ser aplicada de maneira substitutiva, substituindo, portanto, a pena privativa de

---

<sup>57</sup> Art. 22, LCP: “Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental: Pena – multa (...)”

<sup>58</sup> Art. 155, CP: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...) § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

liberdade, quer seja como pena única, quer seja cumulada com pena restritiva de direito ou com pena de multa residual.

O *quantum* de multa aplicado é informado pelo precitado art. 49 do Código Penal. Enquanto que para o cálculo da pena privativa de liberdade, é dizer, pena de prisão, consideramos um sistema trifásico, em que, em um momento anterior, procede-se ao cálculo da pena-base, para, posteriormente, determinar-se a pena provisória e a pena definitiva, em relação à multa, o legislador penal preferiu estabelecer um sistema bifásico, através do cumprimento de duas etapas distintas: número de dias-multa e o valor do dias-multa.

Em um primeiro momento, o magistrado deve calcular o número de dias-multa a ser aplicado ao condenado, dentro dos limites mínimo, 10 dias, e máximo, 360 dias<sup>59</sup>, descritos no dispositivo em comento. Ocorre que, mais uma vez, permitiu, do mesmo modo que fez com as penas privativas de liberdade, certa discricionariedade ao julgador. No entanto, não é este livre o bastante para determinar a quantidade de dias-multa devendo, nos termos de Baltazar Júnior (2004, p. 125), haver uma “simetria entre a pena privativa de liberdade e o número de dias-multa”.

Ocorre que o magistrado deve realizar procedimento semelhante ao descrito na determinação da pena-base, analisando as mesmas variáveis envolvidas, tal como a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Se entender inexistir circunstância judicial desfavorável ao agente, deve manter os dias-multa fixados no mínimo legal. Ao revés, se entender existir circunstância negativa ao condenado, deve percorrer o caminho previsto para os dias-multa, partindo de 10 dias e dirigindo-se a seu aumento.

Boschi aduz que

[...] se, ao exame do artigo 59 do CP, o magistrado concluir pela reprovação mínima e estabelecer a pena privativa de liberdade no platô legal, não haverá, por ser a culpabilidade o único critério que rege a matéria, nenhuma razão prática, lógica ou jurídica que

---

<sup>59</sup> Pode acontecer de legislação especial determinar outros limites como, por exemplo, o limite máximo de 300 dias e não 360 dias no art. 286 do Código Eleitoral: art. 286, Código Eleitoral: “A pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Nacional, de uma soma de dinheiro, que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, 1 (um) dia-multa e, no máximo, 300 (trezentos) dias-multa.”

justifique a fixação da quantidade de dias-multa acima ou muito acima do mínimo de 10 dias. Se, pelo reverso, ao exame da culpabilidade, em conjunto com as circunstâncias judiciais, se evidenciar a necessidade de pena privativa distanciada do mínimo cominado, afigurar-se-á contraditório – e assimétrico – procedimento individualizador da multa em quantidade de dias-multa minimamente distanciada do piso de 10 dias. Por último, com a individualização de pena-base junto ao termo médio, denotando culpabilidade em grau máximo, segue-se a necessidade de individualização do número de dias na direção do limite extremo – que é de 360 dias (2002, p. 348-349).

Uma vez ultrapassada esta primeira fase, deve o magistrado determinar o valor do dia-multa. Trata-se de nova etapa, não se podendo confundir com a anterior. Aqui, não estará mais preocupado o Estado-juiz com as circunstâncias judiciais referentes ao agente ou ao fato por ele praticado. Neste momento, o julgador terá em vista a situação econômica do réu. O art. 49 do Código Penal estabeleceu um sistema de margens, segundo o qual o valor da multa é estipulado. Prevê o dispositivo que a multa terá seu *quantum* entre um trigésimo do salário mínimo e 5 vezes esse salário, de acordo com a situação econômica do réu. Existe permissivo legal<sup>60</sup> no sentido de poder-se exasperar este limite superior até o triplo de seu valor, é dizer, 15 salários mínimos, na situação do valor máximo original ser ineficaz como punição ao réu, por possuir situação econômica avantajada. O valor encontrado nesta fase é para cada dia de multa. Assim, o valor de multa a ser aplicado ao réu condenado obtém-se através da multiplicação entre o número de dias-multa encontrado na primeira fase e o valor de cada dia-multa encontrado nesta segunda e última fase.

Por fim, um ponto que ainda cumpre expender é o tocante à impossibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade pelo seu não pagamento. Não permitiu o Estatuto Penal que uma vez aplicada a pena de multa pudesse o condenado vir a sofrer uma pena de prisão caso não efetuasse o pagamento. Trata-se de opção de política criminal introduzida no Estatuto Repressivo.

---

<sup>60</sup> Art. 60, CP: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º: A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

## 5 Análise do comportamento do criminoso em relação ao quantum de pena

No presente capítulo, pretende-se atingir o objetivo deste trabalho, isto é, apresentar uma análise acerca do comportamento do delinqüente em relação ao *quantum* de pena previsto no Estatuto Penal, tendo como fundamento deste estudo tanto a teoria economicista do crime, desenvolvida por Becker (1968) quanto a legislação penal brasileira apresentada. Talvez ao longo desse estudo, possa não ter ficado claro o que cada um dos capítulos representa na formação do todo. Por esta razão, pretende-se, aqui, fornecer as pontes que se fazem necessárias, com o fim de unir, em uma só análise, tudo o que foi exposto anteriormente. Cada uma das subdivisões deste estudo possuiu seu próprio objetivo e a intenção, neste momento, é efetuar uma análise em conjunto acerca da conduta do criminoso diante da pena prevista no Código Penal brasileiro.

Explicitou-se no primeiro capítulo que a origem das penas encontra-se no contato do homem com seu semelhante, isto é, quando o homem passou a conviver com os demais homens em uma sociedade primitiva, em face de que o indivíduo solitário não se condiciona a um código de conduta, sendo completamente livre para determinar as suas ações. Frisou-se que o crime é aquela conduta prevista previamente na lei, evitando, por via de consequência, de chamar de crimes aqueles comportamentos não tolerados pelo direito natural (jusnaturalismo<sup>61</sup>). Argumentou-se que, inicialmente, a punição pelos crimes era promovida pelos indivíduos particulares como no caso da vingança primitiva<sup>62</sup> ou do *pater familias*<sup>63</sup> da antiga Roma, passando, com a evolução da sociedade, a ser monopólio estatal. Do mesmo modo, ressaltou-se a diversidade existente de sanções penais no passado, passando a ser limitada ao que previsto, previamente, nas leis penais.

Ao longo do primeiro capítulo, procurou-se enfatizar a importância da sanção penal como uma decorrência da prática do crime. Explicitou-se uma breve trajetória da pena, a fim de introduzir o leitor nos fundamentos sobre os quais se erigiu a sanção penal. Não se pode pensar em pena, sem entender as verdadeiras razões que autorizam o Estado-juiz a intervir na vida dos indivíduos que a ele estão submetidos. A pena somente existe em razão de sua

---

<sup>61</sup> Ver nota n° 9.

<sup>62</sup> Ver subseção n° 2.1.2.1.

<sup>63</sup> Ver nota n° 12.

finalidade, mas, como visto, muitas foram as suas finalidades. Ocorre que no transcurso da história, viu-se surgir uma quantidade considerável de justificativas para a aplicação da pena. Muitas delas, certamente, não seriam toleradas nos tempos atuais, mas o foram em suas próprias épocas. Assim, de justificativas iniciais como a primitiva vingança ou a redenção do criminoso, é dizer, a sua purificação, abriu-se espaço para a construção de duas grandes teorias, que se fundamentaram no juízo de reprovação (retributivismo) e no fim social da prevenção (preventivismo).

Conforme explicitado, o juízo de reprovação tem por base as teorias absolutas da pena, que percebem a sanção penal como uma retribuição do mal cometido pelo delinqüente pelo castigo imposto a ele. O termo “reprovação” consiste justamente em reprovar a conduta praticada. Desta maneira, a pena transforma-se em uma contra-prestação, decorrente, portanto, de uma primeira prestação, que é o cometimento do crime. Assim, esse juízo de reprovação tem seu campo de observação voltado para o passado, porquanto vai reprovar uma conduta que já ocorreu.

Por sua vez, a finalidade social da prevenção pode ser entendida como um outro fim possuído pela pena, no qual ela deixa de ser simplesmente uma retribuição do mal pelo mal, servindo como mecanismo de prevenção ao crime. Desta maneira, a pena se justifica pelos efeitos externos que ela permite obter, é dizer, a pena possui a função de impedir que novos crimes sejam realizados.

As duas grandes estruturas que se formaram, ou seja, o retributivismo e o preventivismo, acabaram por criar diversas ramificações, ora enfatizando um determinado ponto, ora atribuindo maior relevância a outro. Houve, conforme exposto, forte discussão filosófica, e muito se questionou acerca das reais finalidades da pena. Ao fim e ao cabo, o que se faz necessário e suficiente para a compreensão do presente trabalho reside no fato de que a pena ou possui o fim de ser um juízo de reprovação, o que possibilita a sua aplicação com forte carga subjetiva, em razão do viés valorativo-negativo, ou a pena possui um fim mais altruísta de impedir que os crimes possam passar do mundo da pretensão para o mundo da realização, melhor dizendo, do crime em pensamento para o crime efetivo.

Procurou-se tecer no primeiro capítulo maiores detalhes sobre essas teorias, com o fim de conduzir o leitor até o modelo básico da teoria economicista do crime, proposto por Gary

Becker (1968). A análise realizada pela teoria economicista do crime fundamenta-se sobre os alicerces da teoria preventivista da pena. Por esta razão, supôs-se que a compreensão da economia do crime sem o prévio conhecimento acerca dos fundamentos filosóficos da pena não seria possível. Frisa-se que o trabalho de Becker (1968), apresentado no segundo capítulo, é um esforço de unir as ciências econômicas a outras ciências, no caso, as ciências jurídicas.

No segundo capítulo, que possui como base as teorias que tratam da prevenção das atividades criminosas, apresentou-se o modelo básico da teoria economicista do crime, desenvolvido por Becker (1968). Este modelo, conforme exposto, possui como seus principais fundamentos a teoria de Beccaria (1764/2007), de Bentham (1781/2000) e da escolha racional. Por esta razão, decidiu-se explicar cada um destes temas em subseções separadas, a fim de tornar mais compreensível o trabalho desenvolvido por Becker (1968).

Em Beccaria (1764/2007), encontra-se a defesa de leis penais estabelecidas em momento anterior à prática do crime, permitindo, assim, que o potencial criminoso pudesse antever a sanção a que estaria sujeito, calculando os inconvenientes que seriam, porventura, aplicados, caso o crime fosse posteriormente praticado. Encontra-se, ademais, neste autor a defesa de uma proporcionalidade na determinação das penas, limitando, portanto, a quantidade de pena a ser imposta ao delinqüente.

Em Bentham (1781/2000), percebe-se que o indivíduo, ao escolher determinada atividade, revela as suas preferências, que, por sua vez, estão sempre associadas à combinação inversa entre o prazer e a dor. Dessa maneira, ao proceder a uma escolha, o indivíduo deseja incrementar a quantidade de prazer e reduzir a quantidade de dor. Esta idéia de utilidade acha-se presente em todo o agir humano, e, por esta razão, entende o autor que cada ato humano deveria ser avaliado em termos de suas conseqüências, cujos reflexos promoveriam, justamente, o prazer ou a dor. Assim, a prevenção do crime também deveria ser analisada sob esta ótica, devendo a quantidade de dor derivada da prática do crime ser maior que a quantidade de prazer originada deste.

No que se refere à teoria da escolha racional sob a ótica do crime, asseverou-se que o agente criminoso opta por determinada atividade após uma deliberada reflexão acerca dos custos e benefícios envolvidos com o crime. Assim, cada indivíduo tomará a decisão de agir se considerar que de sua ação obterá o máximo benefício para si.

Desta maneira, após a apresentação das três principais teorias que influenciaram a obra de Becker (1968), expôs-se o modelo econômico básico acerca do crime, enfatizando que os criminosos não são indivíduos diferentes das demais pessoas, porquanto são maximizadores da utilidade racional. No decorrer do segundo capítulo, foram apresentados os dois principais mecanismos de controle estatal, com destaque para a probabilidade do delinqüente ser condenado “ $p_j$ ” e para a pena estabelecida por cada crime “ $f_j$ ”, o que implica dizer que a pena deveria ser estabelecida antes da realização do próprio crime, em consonância com o já defendido por Beccaria (1764/2007). Por sua vez, esclareceu-se que a variação na quantidade de crimes possui uma relação inversa com os mecanismos de controle estatal. Asseverou-se também neste capítulo a análise efetuada por Polinsky e Shavell (1997).

Cumpra ainda asseverar que, para fins deste trabalho, considera-se que o objeto da economia é encontrar uma combinação ideal de fatores escassos que possam melhor servir às ilimitadas necessidades do homem. Assim, se todas as necessidades dos indivíduos pudessem ser satisfeitas, não haveria razão de ser da economia. Se não existisse limitação dos recursos, o indivíduo racional, é dizer, o tradicional *homo economicus*, seria considerado irracional, porquanto a busca pela redução de custos e a maximização dos benefícios, em um mundo em que os custos não são considerados, em razão de que todas as necessidades são satisfeitas, quer fazer parecer obra de indivíduo irracional.

É neste contexto que o presente trabalho deve ser compreendido. Tem-se plena consciência de que os recursos existentes na economia são escassos. Ocorre que o crime age no sentido de consumir esses recursos, é dizer, a prática delitativa, conforme já explicitado, termina por utilizar recursos que poderiam ser melhor empregados em outras atividades. Trata-se dos gastos estatais com a contratação de policiais, com a manutenção de um Poder Judiciário especializado na área criminal, gastos com seguro de objetos de maior valor contra possível roubo, gastos com segurança privada e tantos outros dispêndios decorrentes da prática criminosa. Em face desta ótica, percebe-se a preocupação de Becker (1968) em reduzir esses gastos, é dizer, sua inquietação consiste em buscar um meio de evitar que esses recursos sejam consumidos.

Considerando que sua intenção consiste na redução dos custos, o que possibilitaria uma posterior realocação dos recursos em atividades que proporcionassem maior retorno,



Becker (1968) tenta identificar as atividades consumidoras desses bens escassos. Ora, os gastos com policiamento ostensivo somente fazem sentido quando existem criminosos a serem dissuadidos. Do mesmo modo, os dispêndios com a manutenção de um Poder Judiciário especializado na área penal tem a sua existência condicionada à existência de criminosos. Assim, se estes gastos existem porque existem criminosos, o sentido contrário implica, necessariamente, dizer que a inexistência de criminosos faz com que estes gastos não existam.

Diante desta situação, pode-se indagar sobre a própria existência dos agentes infratores. Somente é possível a utilização dos termos “criminosos” ou “delinqüentes” quando, em momento anterior, houve a prática de um crime ou delito, é dizer, o policial existe porque existe o criminoso ou o juiz penal existe porque existe o criminoso. Dessa maneira, se o que se busca é reduzir o número de criminosos, implicitamente está-se buscando a redução do número de crimes. Somente há um criminoso porque antes houve um crime.

Considerando que o crime é o resultado da escolha do indivíduo, a redução no número de crimes pressupõe a opção deste indivíduo em querer não mais praticar o ato infracionário. Ora, a conduta humana é volitiva, é dizer, depende de uma vontade associada a uma finalidade. Inibir a escolha do agir delitivo é possível com a atribuição de uma desvantagem sobre a finalidade originária. Segundo Bentham (1781/2000), todo o agir é resultado da combinação de prazer e dor. Dessa forma, essa desvantagem equivale a aumentar a dor, isto é, incrementar o custo associado ao crime. Sabe-se que a elevação do custo a que o criminoso estaria sujeito se praticasse o crime tem o condão de influir na tomada de decisão deste agente, induzindo-o a não escolher esta conduta, uma vez que um incremento em seu custo traz implicações diretas na análise de custo-benefício efetuada por este agente.

Imagina-se que neste momento já se faz claro o suficiente sobre que tipo de custo pode ser atribuído ao criminoso a fim de inibir o seu comportamento. Trata-se da cominação de uma sanção penal. Por esta razão, foi dada tamanha importância ao instituto da pena ao longo deste trabalho. Ora, a sujeição efetiva do criminoso a uma pena implica um custo estatal, porquanto, como visto no segundo capítulo, o nível de atividade estatal a fim de coibir o crime varia inversamente à quantidade de crimes, isto é, quanto maior os gastos para perseguir o criminoso, menor possivelmente será a quantidade de crimes ( $A \cong pO$ ), trazendo consigo implicações no custo de se combater estes crimes, com o conseqüente aumento dos

custos suportados pelo Estado ( $C = C(A)$ ) ao incrementar seus esforços ( $A$ ) a fim de aumentar o custo do crime para o delinqüente.

A essência da atividade policial ou judicial consiste na possibilidade de se aplicar uma pena ao criminoso, quer atribuindo a pena diretamente, como faz o Poder Judiciário, quer servindo de instrumento para sua posterior aplicação, no caso dos policiais. Então, ao se elevar o custo para o criminoso, é dizer, aumentando a sanção penal a que estaria sujeito caso cometesse um crime, poder-se-ia pensar que também se elevaria o custo estatal ao invés de reduzi-lo, tendo em vista, uma possível relação direta entre os gastos estatais de prevenção ao crime e a aplicação de penas.

No entanto, o raciocínio não é este. Toma-se a liberdade de utilizar outros termos para interpretar a obra de Becker (1968), sem, contudo, mudar o seu sentido. Becker (1968) não utiliza a terminologia “custo potencial” ou “custo efetivo”. Preferiu expressar esse mesmo raciocínio através da utilização de seus dois mecanismos de controle estatal, qual sejam, a pena e a probabilidade do criminoso vir a ser capturado e condenado.

Tem-se que uma elevação no estabelecimento do *quantum* de pena, em abstrato, representa, claramente, um custo maior para o criminoso, trazendo, como conseqüência, um menor, nulo ou negativo benefício advindo da prática do crime. Ocorre que é possível dissociar este custo, em relação ao Estado, em suas parcelas “potencial” e “efetiva”, é dizer, este aumento de pena só representará um custo para o Estado se for efetivado. No entanto, a fixação deste aumento já é considerada como um custo para os potenciais criminosos. Assim, para esta parcela de indivíduos, isto é, os indivíduos delinqüentes, o aumento de pena traduz-se em um custo, que deve ser considerado quando da premeditação do crime.

Recorda-se que no terceiro capítulo deste trabalho, foi apresentado a maneira de calcular o *quantum* de pena a que estaria sujeito o criminoso caso fosse capturado, julgado e condenado. Apesar de muitos dos critérios apresentados serem de ordem subjetiva, como os relacionados ao sujeito criminoso (antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), o cálculo da pena-base não é difícil de ser realizado, desde que se siga as três regras

básicas<sup>64</sup> e o disposto naquele capítulo. Por via de consequência, também é possível proceder-se ao cálculo da pena provisória e da pena definitiva, uma vez já realizado o cálculo referente à pena-base. Percebe-se, no raciocínio aqui exposto, que o crime representa mais uma atividade que o indivíduo racional poderia optar, dentre todo o leque de opções que possui, permitindo-lhe que se proceda ao cálculo dos benefícios e prejuízos de sua tomada de decisão.

Não há dúvida que são situações distintas a do estabelecimento da sanção penal e a da aplicação desta. Os mecanismos de controle de Becker (1968) têm como fundamento esse raciocínio. Assim sendo, objetivando reduzir a utilização de recursos para a prevenção do crime, sugere Becker (1968), seguido por Polinsky e Shavell (1997), que o estabelecimento de uma pena, em abstrato (potencial), mais elevada tem o efeito de reduzir a prática delitiva daqueles criminosos avessos ao risco<sup>65</sup> (também poderá repercutir nos neutrais ao risco, mas isso depende da variação da outra variável envolvida), em razão de “f” ou “s”<sup>66</sup> ter maior influência sobre as suas escolhas do que “p”<sup>67</sup>, conforme explicitado no segundo capítulo. Assim, permite-se reduzir a atividade estatal de prevenção do crime, com seus consequentes gastos, mantendo uma política de prevenção contra os crimes. Em outras palavras, o “custo efetivo” para o Estado pode ser reduzido, enquanto que o custo para o criminoso se eleva, pelo menos em relação aos criminosos avessos (com possibilidade também dos neutrais) ao risco.

Dessa maneira, elevando a cominação da pena, está-se aumentando o custo daqueles criminosos (avessos ao risco e talvez os neutrais ao risco) que tem em “f” ou “s” a sua maior influência. Se os criminosos se baseiam em seus custos para praticar os delitos, ao elevar a cominação da pena, está-se elevando os custos desses delinquentes.

---

<sup>64</sup> Conforme exposto no terceiro capítulo, as três regras são: (1) quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, por ser mínimo o grau da culpabilidade, deverá ser individualizada no mínimo abstratamente cominado (BOSCHI, 2002, p. 214); (2) quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente (ou desfavoravelmente ao réu), a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado (BOSCHI, 2002, p. 216); (3) se o conjunto das circunstâncias judiciais for desfavorável, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, aproximar-se-á do ‘termo médio’ (BOSCHI, 2002, p. 217)

<sup>65</sup> Conforme explicitado no segundo capítulo, diante da aversão ao risco, o agente internaliza a possível aplicação da sanção penal.

<sup>66</sup> “f” significa a pena estabelecida por cada crime e “s” representa a duração da sanção penal em anos de prisão. Ver nota n° 24.

<sup>67</sup> “p” significa a probabilidade do delinquentes ser apreendido e/ou condenado.

O mesmo raciocínio também se aplica ao sistema criminal brasileiro. Consoante o exposto no terceiro capítulo, o legislador penal do Brasil impôs à pena uma dupla função, é dizer, deve a mesma servir como reprobção e também como prevenção do crime. Desta maneira, se a política criminal consiste também em dissuadir a prática reiterada de crimes, tem-se que “f” deve ser elevado, a fim de configurar um maior custo para o criminoso.

Cediço que o sistema criminal nacional adota um sistema de margens penais, em que a pena, em abstrato (potencial), não é um número estanque, mas um vetor de opções, podendo-se movimentar dentro dos limites estabelecidos, ou até mesmo além ou aquém destes, quando do cálculo da pena definitiva. Ora, considerando que um aumento no custo dos criminosos avessos ao risco tem repercussão na sua tomada de decisão, então tem-se aqui a justificativa para a determinação de limites superiores mais significativos para as penas em abstrato. O legislador penal deseja, ao estipular limites superiores mais elevados, abstratamente, para a pena, inculir um custo maior para o criminoso. Por exemplo, a pena do homicídio simples vai de 6 até 20 anos. Observa-se longa distância entre o mínimo e o máximo de pena potencial. O fato de se determinar uma pena, em abstrato, com um limite superior de 20 anos tem a função de promover maior custo ao agente, com evidentes reflexos em sua tomada de decisão.

No entanto, fundamentando-se na racionalidade utilizada por Becker (1968), considera-se que os potenciais criminosos possuem aptidão para antever os custos envolvidos com a escolha de sua conduta. Sendo assim, possuem eles a capacidade para encontrar os verdadeiros custos que estariam sujeitos caso fossem capturados e condenados. Frisa-se que, diante dos cálculos apresentados ao longo do terceiro capítulo, os custos, nos quais os possíveis agentes criminosos podem se sujeitar, são bem mais baixos que aqueles que a lei, em abstrato (potencial), pretende fazer com que os mesmos acreditem, haja vista que os cálculos da pena tendem a permitir que a sanção penal, efetivamente, aplicada seja muito menor que o máximo de pena cominada. Pode-se dar o nome de pena potencial-efetiva a esta pena que, embora ainda esteja potencialmente prevista (em abstrato, ainda não aplicada), será a pena resultante do cálculo do delinqüente, representando, por conseguinte, o verdadeiro custo do criminoso a que estaria sujeito caso fosse capturado e condenado. Não há dúvida que esta pena potencial-efetiva será muito menor que o limite superior da pena em abstrato.

A possibilidade de se antever a região aproximada da pena potencial-efetiva, respeitadas as devidas discricionariedades no cálculo, traz consigo dupla interpretação. Em

primeiro lugar, os potenciais criminosos descobrem que os custos a serem considerados em sua análise de custo e benefício são mais baixos que os custos que a lei tenta fazer crer. Em segundo lugar, tem-se o deslocamento de um custo “fictício” para um custo “real”.

Considerando que a parcela dos potenciais criminosos que sofre maior influência de um deslocamento do *quantum* de pena “F” é a referente aos indivíduos avessos ao risco (e talvez os neutrais ao risco, dependendo da variação dos gastos em atividades de prevenção ao crime), a descoberta do custo “real”, com o cálculo da pena potencial-efetiva, terá claras repercussões na sua tomada de decisão.

Entende-se que a atitude desses indivíduos é a seguinte. Para essa parcela de agentes criminosos, uma redução na pena potencial, mediante o cálculo da pena potencial-efetiva, mantida a probabilidade de captura e condenação constante, provoca um reflexo inverso no agir delitivo, ou seja, o potencial criminoso avesso ao risco, ao se dar conta que a pena a que estará sujeito não é a significativa pena, abstratamente, prevista na lei, tem, de certo modo, um incentivo a optar pela prática delitiva. Ocorre que aquele custo que inicialmente era mais alto se reduziu com o cálculo dessa pena potencial-efetiva. Assim, com custos menores, a análise de custo e benefício do criminoso é seriamente afetada. Desta maneira, uma grande distância entre o mínimo e o máximo de pena, potencialmente, previsto, com limites superiores muito significativos para a sanção penal, faz com que não ocorra o efeito de prevenção almejado pelo legislador penal, considerando que o indivíduo criminoso faz escolhas racionais.

Desta maneira, a pena, no sistema criminal brasileiro, que possui como fim a reprovação e a prevenção, tem reduzida a sua finalidade precípua de prevenção, permitindo que o cálculo de determinação do *quantum* de pena possa ser antecipado e utilizado pelo potencial criminoso, fazendo realmente do crime uma outra atividade, passível de ser realizada por aqueles que assim desejarem.

## 6 Considerações finais

Neste trabalho, procurou-se realizar uma análise acerca do comportamento do delinqüente em relação ao *quantum* de pena estabelecido no Código Penal do Brasil. Utilizou-se como fundamentos o modelo básico do crime, desenvolvido por Gary Becker (1968) e alguns tópicos específicos da legislação penal nacional, com destaque para a maneira de calcular a quantidade de pena a que o delinqüente estaria sujeito caso fosse capturado e condenado.

Buscou-se desenvolver o objeto deste estudo mediante a integração das ciências econômicas com as ciências jurídicas, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, buscando interpretar a normativa jurídica desde um ponto de vista econômico.

Embora Becker (1968) tenha constatado a existência de dois importantes mecanismos de controle estatal para a prevenção dos crimes, como a probabilidade do criminoso vir a ser preso e a quantidade de multa cominada, preferiu-se, neste trabalho, dar maior ênfase ao último destes instrumentos, ressaltando a importância da sanção penal na alteração do comportamento de potenciais infratores.

Visto que a análise centrou-se no instituto da pena, procurou-se apresentar a razão da mesma existir, explicando quais são as suas finalidades. De uma maneira geral, constatou-se que a pena, ao longo da história, sempre exerceu duas grandes funções, sendo utilizada ora como um juízo de reprovação, em que a quantidade de sanção penal imposta tinha como fim simplesmente reprovando a conduta praticada, retribuindo o mal cometido pelo agente pelo castigo imposto pelo Estado, ora representando um meio de se evitar que novos crimes fossem praticados, denominando tal função de prevenção.

Frisou-se que no sistema criminal brasileiro, foi determinado, pela legislação penal, que a pena deveria exercer essa dupla função, reprovando a conduta, e ao mesmo tempo servindo de instrumento para prevenir o crime. Para tanto, foi estabelecido um sistema de margens, com limites inferiores e superiores, previamente cominados, permitindo que a pena ocupasse um valor específico, situado entre esses extremos.

Explicou-se que o delinqüente é um ser racional, capaz de antecipar o cálculo de determinação da pena, que o juiz efetuará quando da fixação da mesma, em concreto. Dessa maneira, o agente criminoso obtém uma noção razoável de quais os verdadeiros custos envolvidos em sua escolha por praticar o delito. A referida análise baseou-se no modelo economicista do crime, no qual o criminoso age, após efetuar uma análise de custo e benefício, praticando o crime se os benefícios superarem seus custos.

Asseverou-se que a antecipação do cálculo pelo potencial delinqüente faz este perceber que seu custo “real” é menor que seu custo “potencial”, criando, desta maneira, um certo incentivo para que o mesmo opte em praticar o crime.

Sendo assim, conclui-se que a pena, como mecanismo essencial do sistema penal brasileiro, que possui, por força de lei, tanto a finalidade da reprovação quanto da prevenção, tem a sua força reduzida no que se refere à prevenção, possibilitando fazer da prática delitiva uma atividade passível de ser realizada por todos aqueles que assim almejem.

## Referências

AKERS, Ronald. L. Rational Choice, Deterrence, and Social Learning Theory in Criminology: the Path Not Taken. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 653-676, 1990.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas Alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005. 234 p.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Sentença Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004. 176 p.

BARNES, H. E. Three Criminal Law Reformers. Penal Discipline. Crime, Abnormal Minds and the Law. Books Review. **Journal of Social Forces**, Chapel Hill, v. 2, n. 4, p. 604-607, 1924.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. [2007] 85 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007. Publicado originalmente em 1764.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchner, 2000. 248 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000038.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2007. Publicado originalmente em 1781.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 436 p.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. de 1988. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 4.737/65 (**Código Eleitoral**). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm)>. Acesso em: 5 out. 2007.



BRASIL. Decreto-Lei n. 3.688/41 (**Lei das Contravenções Penais**). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13688.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848/40 (**Código Penal**). <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.914/41 (**Lei de Introdução ao Código Penal**). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13914.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13914.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2007.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 917 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revistadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 371 p.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **A Racionalidade das Leis Penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 222 p.

EHRlich, Isaac. Crime, Punishment and the Market for Offenses. **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996.

FELSON, Marcus. Choosing Crime: the Criminal Calculus of Property Offenders. Book Review. **American Journal of Sociology**, Chicago, v. 98, n. 6, p. 1497, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. 262 p.

GAROUPA, Nuno. **Crime and Punishment: Further Results**. nov, 1998. 10 p. Disponível em: <<http://www.econ.upf.edu/docs/papers/downloads/344.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O Direito e a Ciência Econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. 2007. 18 p. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley). Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-01/>>. Acesso em: 5 out. 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 816 p.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. Série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 352 p.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997. 279 p.

HELVÉTIUS, Claude A. **De l'Esprit**. [2007] 414 p. Disponível em: Texto integral da obra em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ga000515.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2007. Publicado originalmente em 1758.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 754 p.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri, SP: Manole, 2004. 154 p.

KREBS, Pedro. Teorias a respeito da finalidade da pena. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3 n. 5, p. 99-122, 2002.

LEVITT, Steven D. Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors That Explain the Decline and Six That Do Not. **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 18, n. 1, p. 163-190, 2004.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 124 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 518 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 432 p.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals. **The American Economic Review**, Nashville, v. 81, N. 3, p. 618-621, 1991.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence**. NBER, Working Paper 6259, nov, 1997. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w6259>>. Acesso em: 23 set. 2007. Também publicado em: **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 28(1), p. 1-16, 1999.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **The Theory of Public Enforcement of Law**. NBER, Working Paper 11780, nov, 2005. 82 p. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w11780>>. Acesso em: 20 set. 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luiz Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. 264 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p.

STUART MILL, John. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala, 2007. 90 p. Publicado originalmente em 1863.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120**. V. I. São Paulo: Atlas, 2004. 576 p.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 548 p.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso**. Porto Alegre: AGE, 2006. 175 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. V. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 767 p.

WARD, David A.; STAFFORD, Mark C.; GRAY, Louis, N. Rational Choice, Deterrence, and Theoretical Integration. **Journal of Applied Social Psychology**, Columbia, v. 36, n. 3, p. 571-585, 2006.

## Glossário de termos em latim

**A priori:** pode ser entendido também como “em princípio”, porquanto trata-se de algo admitido provisoriamente.

**Animus delinquendi:** significa intenção de delinquir.

**Caput:** trata-se da cabeça do artigo, é dizer, da primeira parte de um artigo de lei, antes de seus incisos, parágrafos ou alíneas.

**Jus puniendi:** significa o direito de punir. No entanto, trata-se de um poder-dever de punir, porquanto foi transferido ao Estado brasileiro, para que este, diante de uma infração à lei, tenha o poder, bem como a obrigação, de perseguir o criminoso, impondo-lhe uma pena, e, evitando, com isso, a realização de uma justiça privada.

**In abstrato:** equivale a dizer “em abstrato”, ou seja, em teoria.

**In concreto:** equivale a dizer “em concreto”, isto é, concretamente.

**In verbis:** tem o significado equivalente a “nestas palavras”.

**Iter criminis:** significa o caminho do crime, isto é, é o conjunto de atos que levam à prática criminosa.

**Mutatis mutandis:** possui o mesmo significado de “mudando o que deve ser mudado” ou “com as devidas alterações”.

**Ope legis:** significa por força de lei.

**Pater famílias:** significa o pai de família. Na Roma antiga, o lar era um recinto sagrado, no qual o homem, pai de família, detinha um poder muito grande sobre a sua família, podendo, inclusive, aplicar sanções.

**Per se:** possui significado equivalente a “por si”.

**Punitur quia peccatum est:** significa pune-se porque é pecado.

**Punitur ne peccetur:** significa pune-se para quem não mais se peque.

**Quantum:** significa quantidade.

**Status quo ante:** significa o estado anterior em que se encontrava certa questão.

**Sub examine:** significa o caso sob exame, isto é, a situação concreta que está sendo analisada.

**Sub iudice:** tem significado equivalente a sob julgamento, sob apreciação judicial.

**Ubi jus ibi societas:** significa onde houver o direito, existirá uma sociedade.

**Ubi societas ibi jus:** significa onde houver uma sociedade, existirá o direito.

**Ultima ratio:** significa a última razão.

**V.g.:** é a abreviatura de “verbi gratia”, equivalendo-se a “por exemplo”.

**Verbis:** significa “textualmente”, sendo utilizado quando de uma citação tal qual escrita no original.