

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS SOCIAIS

GABRIEL YORDI DA SILVA

**AUMENTAR PENAS EM BENEFÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA?
UMA ANÁLISE DO VALOR DA PENA COMO UM DESINCENTIVO**

Porto Alegre

2018

GABRIEL YORDI DA SILVA

**AUMENTAR PENAS EM BENEFÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA?
UMA ANÁLISE DO VALOR DA PENA COMO UM DESINCENTIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa.

Porto Alegre

2018

GABRIEL YORDI DA SILVA

**AUMENTAR PENAS EM BENEFÍCIO DA SEGURANÇA PÚBLICA?
UMA ANÁLISE DO VALOR DA PENA COMO UM DESINCENTIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Wladimir Barreto Lisboa (Orientador)

Professora Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Professor Dr. Sabino Porto Júnior

AGRADECIMENTOS

Durante o período de mais de um ano que me envolvi no desenvolvimento desta monografia, pude contar com apoio de pessoas incríveis, as quais, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização do trabalho.

A ideia do trabalho nasceu durante os encontros da cadeira de filosofia contemporânea, da pós-graduação da Filosofia, a qual frequentei como ouvinte no primeiro semestre de 2017. A matéria estudada e discutida na cadeira era teoria da escolha. As discussões eram sempre instigantes, envolvendo pessoas inteligentíssimas da área do direito e da economia, entre as quais os Professores Wladimir Lisboa e Paulo MacDonald, que promoviam a cadeira. A eles, agradeço enormemente a improvável oportunidade que tive, como estudante de direito no Brasil, de ter um contato tão qualitativo com essa matéria. Agradeço, novamente, ao Professor Paulo, o qual, mesmo durante sua Pós-Graduação na Espanha, encontrou tempo para ler este trabalho e fazer valiosas contribuições.

Sou grato também aos amigos e amigas, os quais garantiram em meu favor, através de momentos de descontração, a saúde emocional necessária para prosseguir na estressante tarefa de escrever um trabalho de conclusão. Um obrigado especial ao Aphonso, amigo que me acolheu após urgente demanda por mudança de domicílio. Não fosse sua acolhida, minha rotina teria sido severamente desestabilizada, prejudicando o desenvolvimento desta monografia. Estou feliz em poder afirmar, hoje, que moro com meu melhor amigo.

Grato à minha família, que, de tão excepcional, me faltam elogios para descrevê-la na devida proporcionalidade. Jorge, meu pai, e Vera, minha mãe, proporcionaram um ambiente de muito afeto e nenhum desrespeito, me impulsionando desde o início da minha existência; basicamente, os dois são verdadeiros gênios na arte de educar filhos, aos quais agradeço por essa e agradecerei por todas as outras conquistas da minha vida. Obrigado à minha irmã Juliana e ao meu irmão Leonardo, por, além de todo o afeto, serem instigantemente inteligentes e bem-sucedidos. E também ao meu cunhado Alisson, parceiro de valiosas discussões sobre assuntos políticos polêmicos, que me ajudam a firmar convicções sobre o mundo ao meu redor. Sinto-me absurdamente sortudo por ter essas pessoas na minha vida.

Por fim, agradeço à Dominique, minha parceira de vida, por todo o amor e suporte constante. Não apenas me auxiliou indiretamente com afeto, mas também revisou todo o texto, fazendo apontamentos que me permitiram fortalecer alguns argumentos e esclarecer obscuridades. Sem a ajuda dela, a qualidade deste trabalho teria sido significativamente inferior. Juntos, faremos de nossas vidas pequenos diamantes na poeira do espaço.

Paradoxalmente, é mais fácil contruir uma história coerente quando você sabe pouca coisa, quando há poucas peças para encaixar no quebra-cabeça. Nossa reconfortante convicção de que o mundo faz sentido repousa em um alicerce seguro: nossa capacidade quase ilimitada de ignorar nossa própria ignorância

— Daniel Kahneman, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, 2012

(KAHNEMAN, 2012, p. 252)

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo responder a seguinte pergunta: o aumento de penas causa redução da criminalidade, contribuindo, assim, para uma melhor segurança pública? A resposta é construída a partir da análise dos fatores que influenciam no processo de escolha, situando a pena como um desincentivo e estimando o potencial que um aumento teria em termos de prevenir futuros crimes. A pesquisa usa como base conceitos desenvolvidos no âmbito da teoria da escolha, com especial destaque para os desenvolvidos por Daniel Kahneman, e os aplica à prática delitiva após a contextualização dos elementos que representam seus custos e benefícios. Há uma série de padrões comportamentais que representam barreiras para que uma elevação das sanções seja capaz de modificar escolhas. Com o amparo de uma breve análise de estudos empíricos sobre a matéria, chega-se à conclusão de que um aumento de penas não reduzirá a incidência de crimes e, conseqüentemente, não contribuirá para uma sociedade mais segura.

Palavras-chave: Aumento de penas. Redução da criminalidade. Teoria da escolha. Custos e benefícios do delito. Segurança Pública. Prevenção de crimes.

ABSTRACT

This monograph has as objective answering the following question: the increase of sanctions cause crime reduction, contributing, thus, to a better public safety? The answer is built from the analysis of the factors that influence in the process of choice, situating the sanction as a disincentive and estimating the potential that an increase would have in terms of preventing future crimes. The research uses as ground concepts developed in the scope of the decision theory, with special emphasis on those developed by Daniel Kahneman, which are applied to the criminal practice after the contextualization of the elements that represent its costs and benefits. There are a series of behavioral patterns which represent barriers for a penalty increase to be able to change choices. With the support of a short analysis of empirical studies about the subject, it is reached the conclusion which an increase of sanctions will not reduce the crime rate and, consequently, will not contribute to a safer society.

Key-words: Sanction increase. Crime reduction. Choice theory. Prospect theory. Costs and benefits of the criminal practice. Public Safety. Crime prevention. Deterrence..

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. POR QUE PUNIR?	11
1.1 Definindo o Ponto de Partida	12
1.2 Pena e Retribuição.....	13
1.3 Pena e Prevenção	18
2. A TEORIA DA ESCOLHA	21
2.1 Uma Abordagem Descritiva	21
2.2 Escolha Racional e Teoria da Utilidade	23
2.3 Preferências e Circunstâncias Fáticas	26
2.4 Preferências e Circunstâncias Psicológicas	29
3. O CRIME COMO UMA ALTERNATIVA	36
3.1 Pena e Vantagem do Crime: as variáveis óbvias	38
3.2 Pena incerta: a taxa de impunidade	42
3.3 O Valor Esperado da Pena	45
3.4 O Valor Observado da Pena	49
4. A A INEFICIÊNCIA DO AUMENTO DE PENAS	55
4.1 Violência Extraoficial e Status: as variáveis ocultas	55
4.2 Oportunidades e Aversão a Perdas	62
4.3 Benefício Imediato, Custo Futuro	67
4.4 Otimismo em Excesso	71
4.5 Severidade e Duração	75
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Em praças, em bares, na rua e, principalmente, na mídia, a segurança pública é um dos assuntos mais comentados do momento. A criminalidade já parece ser pauta mais frequente do que a previsão do tempo nos elevadores de Porto Alegre. Em parte embasada por estatísticas reais, em parte embasada em um medo construído de forma irracional¹, a conclusão que une grande parte dos brasileiros é a seguinte: a taxa de criminalidade está crescendo no país porque as penas não são suficientemente rigorosas.

Com efeito, a taxa de criminalidade cresceu. Entre 2010 e 2015, o número de homicídios no país aumentou 10,6%, enquanto no Rio Grande do Sul o aumento foi de 40,5% no mesmo período². Na América Latina como um todo, o número de roubos triplicou nos últimos 25 anos, registrando o Brasil o terceiro maior índice de roubos na região em 2011³. Em relação ao tráfico de drogas, sua incidência era ínfima nos anos 80, em contraste com sua notória presença contemporânea, em que há inúmeras facções criminosas dedicadas a essa espécie de delito, comandando através dele estabelecimentos prisionais e até bairros urbanos.

Difícilmente esses dados, por mais significativos que possam ser, poderiam explicar sozinhos o pavor crescente que se observa na sociedade em relação a atos delitivos. Não apenas alguns crimes passaram a ocorrer com mais frequência, mas também as pessoas passaram a ter muito mais acesso a essas informações. A divulgação em massa dos delitos ampliou de forma exponencial a ciência das pessoas sobre esses fatos, gerando uma sensação de insegurança para muito além do mero crescimento da taxa de criminalidade. O resultado disso é uma demanda popular generalizada por mais punição em nosso país, que gera reflexos sobre a política.

Nos últimos anos, foram sancionadas leis de grande impacto na esfera criminal, como a Lei de Crimes Hediondos, que quase triplicou o tempo de prisão previsto como consequência

¹ Um exemplo interessante desse tipo de medo foi observado por Zaffaroni, que apontou que, apesar de as estatísticas mostrarem que o risco de morte em um acidente de carro é muito maior do que o risco de morte em razão de um roubo (latrocínio), as pessoas pouco ou nada temem os carros, enquanto sentem intenso e constante medo de serem mortas em um roubo. Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

² CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2017**. Brasília: IPEA, 2017. p. 31. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/8623-170602atlasdaviolencia2017.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

³ ONU, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano. **Relatório Regional de Desenvolvimento Humano 2013-2014 - Segurança Cidadã Com Rosto Humano: Diagnóstico E Propostas Para A América Latina**, 2013. p. 03. Disponível em: <<http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

de vários delitos, e a Lei de Drogas (2006), que incrementou significativamente a punição prevista para os delitos de tráfico de drogas. Outras medidas que objetivam o incremento de penas já estão em tramitação no Congresso, como o Projeto de Lei nº 4730/2016, que pretende transformar em hediondo qualquer crime cometido com arma de fogo. Mais recentemente, foi promulgada a Lei 13.654/18, que aumenta penas para roubo e furto em determinadas condições. Especialmente instigante foi o motivo declarado para a elaboração dessa lei⁴:

Com a presente proposta, propomos um aumento de pena de $\frac{2}{3}$ para os casos de emprego de arma de fogo (nesses casos, o Código Penal em vigor só prevê aumento de até metade) ou de explosivo ou artefato análogo (hipótese não prevista no Código). Para preservar a proporcionalidade, tivemos que aumentar a pena para o crime de roubo de que resulta lesão corporal grave.

Esperamos, com essa alteração, contribuir para a redução das ocorrências, deixando o custo do cometimento do crime mais caro para o infrator.

A pena como custo do crime e seu potencial de redução da incidência de delitos: é exatamente esse o tema da presente investigação. O trecho acima não representa apenas uma declaração isolada, mas um pensamento profundamente pervasivo, dado como óbvio para a maior parte das pessoas. O raciocínio é fácil de entender: se pessoas estão cometendo crimes, isso é porque o desincentivo que a pena representa não está sendo alto o suficiente para fazê-las desistirem dessa prática. Aumentando-se as penas, a relação entre custo e benefício inerente à ação delitiva irá pender mais para o lado dos custos, de forma que o delito deixará de ser uma opção atraente e, conseqüentemente, a taxa de criminalidade será reduzida. Faz sentido, certo? Errado. O objetivo do presente trabalho é refutar esse discurso político demonstrando que o aumento das penas não irá contribuir para resolver, sequer para amenizar, o problema da segurança pública.

Um aumento generalizado de penas ajudará a prevenir crimes? Dada a relevância da matéria, seria esperado que já houvesse uma aprofundada discussão sedimentada em busca de uma resposta precisa para essa pergunta. Aparentemente, contudo, esse debate no Brasil é infértil, tanto entre pessoas leigas, como também no âmbito acadêmico. De um lado, há quem coloque sobre punições mais drásticas toda a esperança de avançar em direção a uma sociedade mais segura; de outro, uma minoria cética, que desacredita do sistema penal. É difícil encontrar um diálogo construtivo entre essas posições extremas. A falta de compreensão da posição contrária é tamanha que ser contra as desumanas condições do

⁴ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=585251&ts=1529354143803&disposition=inline&ts=1529354143803>>

sistema carcerário atual chega a ser interpretado como idolatria de bandidos⁵. A crítica criminológica, por sua vez, não ajuda: sem apresentar argumentos plausíveis, conclui apressadamente no sentido da completa inutilidade da pena⁶. Meu interesse no tema advém daí: acredito que é urgente e é possível fazer melhor.

Para tanto, optei por abordar o crime através da teoria da escolha, na esperança de conseguir mostrar sob uma nova luz, através de conceitos amplamente utilizados no âmbito da economia, da filosofia política e da psicologia, a complexidade que envolve a escolha de um indivíduo por um agir delitivo, bem como as barreiras que dificultam que penas maiores configurem um desincentivo eficaz. O método adotado consiste, assim, em relacionar ampla e interdisciplinar bibliografia sobre o assunto em um argumento construído de forma lógico-dedutiva, partindo de premissas dotadas de amplo consenso e percorrendo o caminho necessário para concluir no sentido da incapacidade de que sanções mais extensas reduzam a criminalidade em algum grau significativo.

O trabalho será dividido em quatro capítulos. O capítulo 1 apresentará uma concepção para a função da pena. Apesar da quase incontrolável vontade de esmiuçar debate tão polêmico e me posicionar sobre ele, deixo de fazê-lo porque a complexidade do tema o faz digno de não menos do que um trabalho autônomo específico. Sem analisar as inúmeras concepções diversas, opto por assumir, na concepção de Andrew von Hirsch, que a função da pena envolve censura moral e prevenção. Sustento a razoabilidade dessas ideias e estabeleço aí um ponto de partida sólido e, ao mesmo tempo, compatível tanto com o discurso político que pretendo refutar quanto com as conclusões deste trabalho. Se aumentar penas não resultar em prevenção de crimes, essa medida deve ser rejeitada.

O Capítulo 2 tratará dos conceitos da teoria da escolha a serem utilizados no restante do trabalho. No início do capítulo, me preocupo em esclarecer que minha abordagem não será normativa, no sentido de responder como as pessoas devem escolher, mas, sim, descritiva, no sentido de prever como escolhem. Em seguida, exponho conceitos de *completude*, *transitividade* e *independência* para fins de ilustrar o que significa agir racionalmente. Nas duas últimas seções, apresento uma série de padrões comportamentais que moldam nossas

⁵ Em 2017, centenas de promotores de justiça assinaram um manifesto contra o que chamaram de “bandidolatria” e “democídio”, em referência ao que entendem ser leis penais extremamente brandas. Tal evento foi bastante noticiado pela mídia. Entre outras, ver ZERO HORA. Promotores gaúchos lideram manifesto contra “garantismo e bandidolatria”. **Zero Hora**, 04 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/08/promotores-gauchos-lideram-manifesto-contragarantismo-e-bandidolatria-9862007.html>>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Privação da Liberdade: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena**. Escritos sobre a Liberdade - Vol. 7. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

escolhas, alguns básicos na área da economia (custo de oportunidade, utilidade marginal decrescente, por exemplo) e outros não tão básicos assim (aversão a perdas, por exemplo). Esses padrões servirão de base para a construção do argumento principal do trabalho, relacionado à escolha pelo delito.

O Capítulo 3 abordará o crime como uma alternativa sob um viés econômico mais ortodoxo. Começo citando as variáveis que costumam ser consideradas nesse tipo de análise: pena e vantagem monetária dos crimes. Em relação à variável pena, contextualizo o atual cenário de severidade do sistema penal brasileiro; em relação à variável vantagem monetária, limito o objeto do trabalho aos crimes direta ou indiretamente patrimoniais e tento mostrar que esse limite não é tão reduzido quanto pode parecer. No restante de Capítulo o foco é sanção. A intensidade do desincentivo não está relacionada apenas à sua severidade, mas também ao seu grau de incerteza. Nesse contexto, traço o valor que é comumente esperado da pena, tanto da perspectiva simplificada do senso comum, quanto de uma já mais rebuscada perspectiva da análise econômica ortodoxa do crime. Finalizo confrontando essas visões com um conjunto de pesquisas empíricas sobre variação de penas, as quais apontam que a expectativa de redução de crimes, na verdade, não se concretiza.

O Capítulo 4 buscará, então, uma explicação para essa inconsistência entre o valor esperado e o valor observado da pena. É nessa parte que estão contidas as principais reflexões do trabalho. Primeiro, mostro a importância de outras duas variáveis que costumam ser ignoradas nesse tipo de análise envolvendo custos e benefícios do crime: a violência e a busca por *status*. A importância do papel dessas duas variáveis dilui a relevância que a sanção isoladamente pode ter. Em seguida, resalto a relação entre prática delitiva e baixo custo de oportunidade da ação, para demonstrar como um contexto de pobreza molda o crime como uma perda a ser evitada, e não como um simples ganho, o que o torna uma tentação mais difícil de ser resistida. Na seção 4.3, trato da demora na tramitação dos processos criminais no país e sustento como isso é capaz de tornar a ameaça de punição inócua para nós, seres humanos, caracterizados por uma forte preferência pelo tempo presente. Escrevo, também, sobre o otimismo profundamente enraizado na humanidade, que leva os agentes acreditarem ser capazes de evitar a concretização da pena. Por fim, questiono uma das premissas mais básicas de qualquer sistema penal, para afirmar que ela está equivocada: penas mais longas não são necessariamente mais severas; podem, até mesmo, ser mais brandas.

Com muita frequência ao longo do trabalho, cito estudos feitos pelo psicólogo e vencedor do prêmio nobel em economia Daniel Kahneman. Suas descobertas na área da economia comportamental são tão essenciais para esta monografia que, sem elas, sua

elaboração seria inviável. Antes de iniciar, presto aqui, portanto, uma singela homenagem a esse incrível pesquisador, bem como a seus parceiros acadêmicos, Amos Tversky entre outros.

Antes de começar, um pequeno parêntesis: optei por escrever a monografia em primeira pessoa como uma tentativa de dar à leitura uma maior fluidez. Ao mesmo tempo, garanto que isso não me faz descuidar das exigências necessárias para a caracterização do texto como acadêmico: as ideias a serem apresentadas são claras e plenamente passíveis de um controle racional. No caminho consideravelmente longo a ser percorrido a seguir, entre muitos verbos na primeira pessoa do singular, há também muito zelo e dedicação.

1. POR QUE PUNIR?

A punição de crimes é uma dentre diversas discussões políticas comumente marcadas pela ausência de diálogo. Os participantes do debate que discordam entre si raramente conseguem compreender de forma plausível a opinião alheia. É como se, em uma mesma conversa, um estivesse falando de árvores e o outro estivesse falando de prédios; ao primeiro, soa absurdo mencionar cimento para tratar de árvores, assim como ao segundo soa ridícula a ideia de regar construções para fazê-las crescer. Talvez a matéria da punição guarde alguma similitude com essa ilustração. A escassez de argumentos genuínos na política criminal brasileira está intimamente ligada à dificuldade de se encontrar consenso⁷. Tenho a intenção de contornar essa dificuldade e, para tanto, preciso começar com certo nível de abstração.

A necessidade de um ponto de consenso é uma regra universal de comunicação. Quando duas pessoas discordam sobre algo, só é possível entender o significado dessa divergência encontrando uma base sobre a qual ambas concordam. Uma pessoa pode ser contra determinada política pública de saúde enquanto outra é favor. O consenso pode estar localizado mais próximo da concretude - “precisamos de uma política pública de saúde; somente discordamos sobre essa política específica ser ou não a que mais ajudará a salvar vidas” - ou localizado mais distante - “precisamos de algumas políticas públicas, mas discordamos sobre a necessidade de qualquer intervenção do Estado na saúde”. A demonstração mais incontestável acerca da melhor ação pública em termos de saúde não irá convencer um ferrenho defensor de um extremo Estado mínimo a apoiá-la. É por isso que a identificação do ponto comum é tão importante: é isso que molda o que é e o que não é um argumento legítimo, potencialmente capaz de convencer, nessa controvérsia.

Onde estaria esse consenso em matéria penal? A opinião pública quer penas maiores, mas o Estado tem legitimidade para punir? Cogitar o aumento de penas no Brasil envolve questões extremamente polêmicas, como consentir que o Estado puna em um contexto de superlotação carcerária, de ausência de condições mínimas de higiene nos estabelecimentos prisionais e através de um sistema que se mostra manifestamente seletivo. Contudo, abordar esses temas afastaria o trabalho do debate público mais presente no cotidiano, que é onde quero localizar o argumento.

⁷ A estratégia de iniciar um argumento polêmico a partir de ideias amplamente aceitas socialmente é uma marca forte dos livros de Ronald Dworkin, nos quais tento buscar inspiração. Ver, por exemplo, DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton. Princeton University Press, 2006.

O objetivo do presente capítulo é, nesse sentido, expor uma concepção⁸ acerca do ato de punir que a opinião pública aceite facilmente e possa utilizar para compreender o argumento a ser desenvolvido nos demais capítulos. Para tanto, evito questionar a legitimidade dos modos de punição no contexto brasileiro não por ignorar a gravidade desse problema, mas para buscar um ponto de partida com apelo majoritário. Com essa estratégia, tenho a esperança de que minhas conclusões possam ser persuasivas não apenas em discussões acadêmicas, mas também em mesas de bar e almoços de família.

1.1 Definindo o Ponto de Partida

Em sua forma mais comum, a pena representa um período de privação de liberdade. Por mais que diferentes pessoas possam ter diferentes interesses na vida, qualquer interesse acaba limitado por uma restrição de liberdade. Podemos, com certa dificuldade, imaginar uma pessoa que opte por viver longe dos centros urbanos e não esteja interessada em bens materiais, mas não podemos pensar em ninguém que não deseje liberdade. A liberdade é justamente aquilo que nos permite buscar os nossos interesses; em outras palavras, é algo que uma pessoa quer independentemente do que mais ela possa querer⁹. Se a pena recai sobre esse bem tão precioso, o que pode justificar tratar uma pessoa dessa forma?

Algo deve ser oferecido para justificar, afinal, a pena é um ato que impõe sofrimento. Nosso instinto de sobrevivência nos impede de tratar com indiferença atos que envolvam sofrimento. Uma pessoa que enxergasse alguém sendo fisicamente agredido com a mesma indiferença que observasse um passeio no parque sequer soaria saudável aos nossos ouvidos. Não aceitamos agressões gratuitas, aleatórias ou proferidas apenas por diversão. O convívio social só é possível porque, até certo ponto, estamos unidos pela ideia de que sofrimentos devem ter limitações.

Por outro lado, a sociedade não abre mão de punições e, inclusive, percebe-as como algo positivo. Não apenas isso, acreditam que as sanções atuais deveriam ser ainda mais

⁸ Dworkin diferencia “conceito” e “concepção” como dois níveis diferentes de abstração sobre os quais se pode interpretar um mesmo objeto. Um conceito seria a interpretação mais abstrata, onde as características mais incontroversas de uma prática, base para qualquer outra interpretação sobre ela, são identificadas (que a pena pressupõe impor a alguém uma situação desagradável, por exemplo). Uma concepção seria, então, uma subinterpretação dessa prática, onde são propostas soluções para as controvérsias mais latentes (para que serve a pena?). O autor traça essa diferença para demonstrar que é possível desafiar interpretações dominantes, não apenas no nível das concepções, mas também no nível dos conceitos. No caso da pena, creio não ser necessário um aprofundamento acerca de seu conceito, motivo pelo qual opto por partir de uma concepção acerca de sua função. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986. p.70-72.

⁹ “Rational individuals, whatever else they want, desire certain things as prerequisites for carrying out their plans of life. Other things equal, they prefer a wider to a narrower liberty [...]” Em: RAWLS, John. *A theory of justice*: Revised edition. Cambridge. Harvard University Press, 1999. p 358.

severas. Há um sentimento geral no sentido de que o tempo de prisão estabelecido pela lei é insuficiente e deveria aumentar. Em pesquisa realizada em 2011, foi constatado que 69% dos entrevistados se declararam favoráveis a prisões perpétuas. Mas se uma privação de liberdade é um sofrimento e o sofrimento é indesejável por si só, essa aparente contradição poderia ser resolvida apenas em favor de um bom motivo. É nesse ponto que inicio o presente trabalho.

Qual é a função da pena? São muitas as respostas possíveis para essa pergunta. Longe de pretender abordar a integralidade do enorme debate que gira em torno desse tema, irei me limitar a expor uma concepção pré-concebida e a adotarei como ponto de partida. Isso significa que não irei defender a concepção a ser exposta a seguir contra todos os argumentos contrários e sustentar que se trata da melhor explicação acerca da função da pena. Sustentar algo nesses termos exigiria um esforço enorme, que ultrapassaria os limites deste estudo. O objetivo deste primeiro capítulo é, tão somente, estabelecer uma base sólida o suficiente para suportar o objeto principal do trabalho.

A teoria escolhida é a de Andrew von Hirsch, apresentada em sua obra “Censure and Sanctions”, de 1991. O autor argumenta que a função da pena gira em torno das ideias de retribuição e prevenção. Resumidamente, a retribuição é trazida à tona porque dirigimos a pena a atos que consideramos não apenas desagradáveis, mas moralmente errados. Além disso, medimos a intensidade das penas de acordo com o quão errados esses atos são. A prevenção, por sua vez, surge como uma razão suplementar - mas imprescindível - para justificar a extrema medida de prisão. A teoria será melhor detalhada nas próximas seções.

1.2 Pena e Retribuição

A criminologia crítica brasileira com frequência pretendeu refutar a ideia de retribuição como função da pena representando-a como uma simples vingança. O objetivo seria o de compensar o mal do crime através do mal infligido ao criminoso¹⁰. Ninguém negaria que a vingança é, de fato, uma forma de retribuição; o ponto é que não é a única forma. O erro dessas representações está na distorção simplista com a qual o tema é tratado. A retribuição pode ser perfeitamente racional e ir muito além do velho “olho por olho, dente por dente”.

Na teoria de Andrew von Hirsch, a pena expressa censura e é isso que a faz ser retributiva. Censura deve ser entendida aqui como reprovação moral; expressá-la significa comunicar uma pessoa de que ela agiu errado. Essa característica pode ser observada em uma

¹⁰ Alguns exemplos dessa representação são: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100-103; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7º ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 423-425.

multa, mas não em uma taxa¹¹. Ainda que ambas - taxa e multa - possam ser vistas como uma compensação monetária e, portanto, compartilhem quase todas as características, apenas esta última expressa censura e é dirigida a atos dignos de reprovação moral.

Compensar, portanto, não é suficiente para explicar a necessidade da censura. Imaginemos uma sociedade alternativa onde permanecer previamente na prisão *autorizasse* a prática de crimes. Nessa hipótese, alguém poderia optar por permanecer preso durante 15 anos para o fim de obter um documento lhe dando o direito de cometer um homicídio. Para fins de compensação, não haveria diferença entre a pena ser cumprida antes ou depois da prática do crime, já que a simples inversão dos fatores não alteraria o resultado do cálculo compensatório. Ainda assim, nossa intuição nos levaria a julgar essa situação como bizarra e isso só pode ser explicado pelo fato de enxergarmos na retribuição a expressão de reprovação dos crimes, e não uma mera exigência de contraprestação.

Que a pena expressa censura é um fato, aparentemente, inegável. Por outro lado, disso não se depreende que a censura é algo desejável. Por que expressar censura? Andrew von Hirsch, citando P. F. Strawson, responde a esse desafio afirmando que julgar um ato como digno de reprovação é uma parte necessária do senso moral que enxerga as pessoas como responsáveis por suas condutas¹². Em outras palavras, censurar é imprescindível para tratar as pessoas como seres capazes de distinguir entre o certo e o errado e de fazer escolhas com base nisso.

Sob uma perspectiva pragmática, alguém poderia questionar a importância de garantir esse tipo de tratamento. Sem uma relevância prática, não haveria motivo para fazer julgamentos morais. Ferrajoli traz uma justificativa prática para punir conforme o grau de reprovação da conduta (culpabilidade), afirmando que isso serviria para evitar que a sociedade buscasse justiça com as próprias mãos e de forma desproporcional¹³. A pena seria, então, uma redução de danos em favor do agente delitivo, acalmando os ânimos da população através de um sofrimento mais leve. O primeiro problema dessa justificativa é que ela reduz a ideia de reprovação moral à opinião da sociedade sobre o ato. Sob essa ótica, seria adequado punir um furto mais severamente do que um feminicídio em uma sociedade misógina, que se indignasse mais diante desse primeiro ato do que diante do segundo¹⁴.

¹¹ HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Nova Iorque: Oxford University press. 2003 p. 9.

¹² Idem. p. 9.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p 268.

¹⁴ A diferença entre o que constitui uma conduta digna de reprovação e um simples preconceito da sociedade deve ser traçada através de uma teoria do crime. Para uma teoria nesse sentido, HUSAK, Douglas.

Ainda que esse problema fosse dado como superado e se pudesse aferir benefícios práticos a partir da satisfação da opinião social, efeitos assim estão longe de ser a principal razão para a expressão da censura. Trata-se, na verdade, de uma profunda questão de respeito. Considere três pessoas imaginárias em um determinado período: a primeira trabalhou 44 horas semanais, recebendo em torno de um salário mínimo mensal, durante todo o período; a segunda também trabalhou nesses termos, com exceção de alguns meses, quando cometeu uma dúzia de roubos; a terceira praticou roubos durante o período inteiro; todas as três têm baixo nível de instrução e oportunidades escassas na vida. Como uma sociedade deve lidar com essas pessoas? A menos que estejamos dispostos a afirmar que as condutas dessas pessoas são indiferentes entre si, com o mesmo valor ou sem valor nenhum, a sociedade deve explicitar a reprovação dos atos da segunda e, mais intensamente, a reprovação dos atos da terceira. Enfrentarei duas perspectivas sob as quais essa conclusão poderia ser rejeitada.

A necessidade de censura poderia ser negada em razão do cenário de injustiça que acomete grande parte da população brasileira. As oportunidades disponíveis para essas pessoas para a obtenção de renda lícita, além de submetê-las a penosas jornadas de trabalho, ainda as deixa longe de alcançar o bem-estar necessário para uma vida digna. Através desse raciocínio, poderíamos concluir que uma pessoa que opta por praticar um roubo nesse cenário não faz nada de errado, afinal, colocada em uma situação de grande injustiça, não é legítimo exigir dela conduta diversa. As pessoas que escolhem não cometer crimes apesar de todas as dificuldades é que devem ser premiadas, pois estariam indo muito além de suas obrigações, em um ato de benevolência em relação à sociedade. O principal erro desse raciocínio é ignorar que não é plausível premiar a imensa maior parte da população, a qual, mesmo em condições de pobreza, não comete roubos. Se a grande maioria recebesse uma expressão de louvor, isso logo seria esvaziado como sendo não um enaltecimento, mas um simples tratamento neutro, que não poderia ser igualmente conferido a alguém que ameaça gravemente outra pessoa. Desigualdade de oportunidades podem ser levantadas para sustentar uma menor reprovabilidade por parte dos mais desfavorecidos, a ponto de reduzir a respectiva censura a um grau mínimo, mas não a ponto de extingui-la por completo¹⁵.

Outro modo de descartar a desaprovação envolve negar o livre arbítrio das pessoas, entendendo que todo o seu conjunto de ações e omissões é um produto de suas vivências pretéritas e de seu código genético. Se as atitudes estão pré-determinadas por esses fatores,

Overcriminalization: The limits of the criminal law. Nova Iorque. Oxford University Press, 2008.

¹⁵ Existem exceções, como quando a escassez de oportunidades é tamanha que acarreta uma situação de risco de vida em razão da fome, por exemplo. Se for verificado que um roubo ou outro crime foi o único meio do agente em desespero garantir sua subsistência, com efeito, não seria razoável exigir dele conduta diversa.

não há espaço para criticá-las. O equívoco desse pensamento está em confundir explicações causais (biológicas, químicas, metafísicas) com juízos morais. Responsabilidade é um juízo valorativo, e não físico, que reconhece a presença ou a ausência de uma certa capacidade nas pessoas na formação de suas convicções. É essa compreensão acerca da capacidade que permite diferenciar a conduta de um homem que mata alguém intencionalmente e a conduta de uma criança de cinco anos de idade que encontra a arma do pai e dispara contra ele de forma acidental. Ambas as condutas, no entanto, são passíveis de uma explicação causal. Se isso for suficiente para rejeitar a ideia de responsabilidade, a reprovação de um cruel assassino seria tão sem sentido quanto a de uma criança que mal sabe falar. Isso não soa aceitável. Levando esse raciocínio ao extremo, Dworkin ressalta a contradição em que incorrem correntes da criminologia que pretendem extinguir toda forma de culpabilização com base nessa premissa¹⁶:

“Alguns juristas e criminologistas dizem que devemos abandonar o direito penal tradicional, com sua estrutura de culpa e punição, e substituí-lo por tratamentos terapêuticos, pois ninguém é jamais responsável por seus atos. Eles contradizem a si próprios. Se ninguém tem responsabilidade autorreflexiva, as autoridades que tratam os criminosos como responsáveis por seus atos não são responsáveis pelos atos delas, sendo, portanto, um erro acusá-las de agir injustamente. É claro que, nesse caso, também seria errado da minha parte acusar os criminologistas de estarem errados ao acusar as autoridades de agir injustamente, pois os criminologistas tampouco seriam responsáveis. E seria errado da minha parte acusar a mim mesmo de acusá-los injustamente, pois eu tampouco sou responsável. E assim por diante. Na falta de qualquer outra prova, esse absurdo recursivo já basta para nos convencer de que não podemos acreditar na proposição que o embasa, ou seja, na tese de que ninguém tem responsabilidade por coisa alguma.”

Além de implausível, sequer conseguimos adotar com coerência essa perspectiva confusa. Não é assim que tratamos nós mesmos. Buscando na memória, diversos momentos em nossas vidas nos causam um sentimento de culpa. Erramos. Entendemos que poderíamos ter agido diferente e melhor em muitos aspectos. Não acreditamos que somos uma simples marionete da nossa infância ou da nossa genética¹⁷. Reconhecemos a nossa própria capacidade de consciência e, a partir disso, nos enxergamos como responsáveis por nossas escolhas, desde as mais fáceis até as mais difíceis. Se pensamos assim sobre nós mesmos, haveria algum motivo razoável para não conceder a outras pessoas essa mesma responsabilidade? Em alguns casos, sim: quando o agente não possui a mesma capacidade, em

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 342-343.

¹⁷ Entendo que esse assunto é complexo e a breve forma que o abordei aqui não é suficiente para abarcar todas as suas peculiaridades. Procurei abordar tão somente sua forma mais grosseira de objeção à ideia de responsabilidade, tendo em vista que, para endereçar a polêmica de modo mais completo, esse ponto acabaria ocupando no trabalho uma parcela desproporcional à sua importância. Um extenso e detalhado argumento sobre o assunto pode ser encontrado em DWORKIN, Ronald. Free Will and Responsibility. In: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge. Harvard University Press, 2011. p. 219-252.

razão da pouca idade ou de doença mental, ou quando está impedido de exercê-la por motivo de grave coação. Mas, fora dessas exceções, não. Seria necessário considerar a si mesmo uma espécie de divindade, um ser superior, para assumir que tem a capacidade de escolher adequadamente e, ao mesmo tempo, considerar inevitável o fracasso alheio¹⁸. Isso seria extremamente ofensivo.

É nesse sentido que a censura é essencial para assegurar às pessoas o devido respeito. Apenas uma sociedade que se comprometesse em expressar reprovação poderia ser interpretada como reconhecendo o valor que as pessoas atribuem às suas próprias vidas, em termos de seus esforços para fins de sucessos e de fracassos. Para além de uma simples compensação vingativa, uma pena pressupõe comunicar um erro, na proporção de sua gravidade, identificando o agente como igualmente humano, capaz de entender o que isso significa.

Se a opinião pública puder ser reinterpretada em sua ânsia punitiva não como clamando simplesmente por sofrimento físico, mas pela devida expressão de reprovação, então ela merece amparo. Essa reinterpretação é mais plausível do que pode parecer à primeira vista. Furtos seriam reduzidos se o Estado passasse a punir com morte quem comete esses atos. Porém, dificilmente alguém concordaria com isso. Para a imensa maioria das pessoas, a proporcionalidade é uma parte essencial da pena, o que significa que enxergam nela não somente um instrumento de imposição de condutas, mas também um complexo juízo moral, necessário quando outros são vistos não como inferiores, mas como iguais¹⁹. Há muito de racional por trás da crua intuição de que crimes merecem ser punidos.

Apesar da breve exposição, acredito que os argumentos aqui expostos são suficientes para demonstrar que a ideia de retribuição penal é muito mais sólida e plausível do que sua versão simplificada e distorcida que aparece na doutrina brasileira. Rechaçar o senso comum como irracional e vingativo serve apenas para afastar o desenvolvimento acadêmico de qualquer debate público construtivo. Compreender até que ponto a opinião pública está certa ajudará a fazê-la entender até que ponto está equivocada. Ela está certa quanto à necessidade de reprovação moral.

¹⁸ Parágrafo inspirado na construção de Dworkin acerca dos dois princípios políticos que unem a sociedade: importância da vida e responsabilidade. DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton. Princeton University Press, 2006. p. 9-21.

¹⁹ O problema de uma pena desprovida do valor de censura é abordado por Andrew von Hirsch que compara essa situação com o tratamento dado a tigres em um circo, incapazes de entender que morder outros tigres é errado. HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Nova Iorque. Oxford University press. 2003. p. 11.

1.3 Pena e Prevenção

Até agora, sustentei que a pena expressa censura e apresentamos razões para a censura ser desejável. Nada foi mencionado ainda sobre a forma de materialização da pena. A simples necessidade de expressar censura dificilmente poderia ser vista, por si só, como uma justificativa plausível para a imposição de um grande sofrimento a um indivíduo. Menos ainda se esse sofrimento for severo a ponto de incidir em termos de vários anos de liberdade.

É claro que a sanção carrega em sua severidade um certo limite para que seja interpretada de forma séria: não seria plausível que um homicídio fosse reprovado através de uma advertência verbal, por exemplo. Contudo, com exceção de alguns limites mínimos e máximos como esse, a censura não nos ajuda a definir o quão severas as penas devem ser. Em relação a um furto simples, cometido por agente primário, já seria mais razoável cogitar uma advertência verbal; com advertência para o furto e sendo o homicídio mais reprovável, este poderia ser punido com três anos de privação de liberdade. Ou, então, mantendo a observância dessa diferença na gravidade, quatro anos de prisão para furto simples e trinta anos de prisão para homicídio. Advertência verbal e três anos ou quatro anos e trinta anos? Soaria incompreensível escolher essa segunda alternativa com o único objetivo de demonstrar que a desaprovação social em relação a essas condutas é mesmo séria. Se há pelo menos um conjunto grande de penas mais brandas que cumpriria a função de reprovação moral, a opção por uma pena mais severa necessariamente deve pressupor outra razão²⁰.

Essa razão está na função preventiva. Ao criminalizar uma conduta, o Estado, além de assinalar que tal conduta é errada, busca também reduzir a incidência dessa conduta através de uma ameaça, que deve envolver um sofrimento significativo para cumprir esse papel. É possível que isso soe contraditório em relação ao que foi exposto na seção anterior. Se um dos objetivos da pena é expressar censura para reconhecer no agente a capacidade de entender o que é certo e o que é errado, a ameaça material iria no sentido contrário, pois sua existência está fundada na expectativa de que falhas inevitavelmente ocorrerão.

Não se pode achar que identificar nas pessoas uma oportunidade de escolher de acordo com razões morais seja o mesmo que esperar que elas sempre escolherão nesses termos. Não somos movidos *apenas* por tentativas de evitar situações desagradáveis e buscar situações prazerosas, mas é inegável que somos também influenciados por esses fatores. Andrew von

²⁰ Marcelo Almeida Ruivo critica a teoria de von Hirsch por não diferenciar entre fundamento e finalidade da pena. Segundo ele, o fundamento estaria tão somente na retribuição (censura), enquanto a função, ou utilidade, seria algo totalmente independente. Particularmente, entendo que a crítica é infundada, pois assume que a necessidade de expressão de censura é igual à necessidade de imposição de sofrimento. Ver RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal, a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, 2016. p. 163-190.

Hirsch lembra que a pena não poderia ser explicada em uma sociedade composta apenas por anjos - os quais nunca agiriam de forma a prejudicar alguém e, portanto, não precisariam de nenhum tipo de ameaça -, ou apenas de demônios - os quais poderiam ser regidos apenas através de “taxas”, já que não seriam movidos por considerações de justiça²¹.

Somos seres humanos e muitas vezes nossas opiniões entre o certo e o errado entram em conflito com os nossos desejos. Podemos sinceramente ter sentimentos altruístas e desejarmos o bem de uma pessoa desconhecida e, ao mesmo tempo, sentirmos o desejo de praticar uma ação prejudicial a essa pessoa para obter vantagens. Por outro lado, se a essas vantagens for atrelada uma ameaça de consequência negativa, o custo dessa escolha irá aumentar e elas não terão a mesma força de atração que teriam na ausência dessa ameaça. A privação de liberdade surgiria, então, como uma razão suplementar²² à razão moral, para ajudar as pessoas a resistirem à tentação de praticar um ato reprovável²³.

Enquanto a censura é um fim em si mesmo de valorização humana, o sofrimento da pena não pode ser imaginado senão como um instrumento para atingir outro fim, qual seja, o de auxiliar as pessoas a desistirem de praticar crimes. A privação de liberdade está, portanto, condicionada ao objetivo que se propõe a realizar: reduzir a taxa de criminalidade. Na ausência de uma efetiva redução, a opção por penas mais severas em detrimento de penas mais brandas, mas suficientes para reprovar adequadamente, perde o sentido.

E a opinião pública, quando devidamente interpretada, concorda com isso. É certo que, em relação a alguns crimes excepcionalmente reprováveis - como estupro de bebês ou homicídios entre pais e filhos, por exemplo -, o senso comum deseja que penas extremas sejam impostas independentemente de efeitos preventivos. Mas a taxa de incidência desses crimes na sociedade é ínfima e eles pouco ou nada se relacionam com a razão normalmente levantada em favor do aumento de penas: a segurança pública. Crimes diretamente ligados à segurança pública, como homicídios em contexto de tráfico de drogas e crimes patrimoniais, raramente despertam o desprezo social com tanta intensidade a ponto de o sofrimento ser desejado mesmo na ausência da função desincentivadora. Nesses casos, quase sempre a vontade por uma sanção severa está associada a uma expectativa de que o agente assim “aprenda” a não cometer o mesmo ato novamente e outros nunca optem por cometê-lo.

²¹ HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Nova Iorque. Oxford University Press. 2003. p. 13.

²² Na precisão técnica de Joseph Raz, a ameaça de pena seria uma razão *auxiliar* à razão *operativa* de evitar sofrimentos, identificando a força do sofrimento a ser evitado. O valor de evitar sofrimento, intensificado pela pena, ajudaria as pessoas a considerarem as razões morais como deveriam ser: *exclusionárias*, imunes a ponderações de custo e benefício. RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Nova Iorque. Oxford University Press, 2002. p. 33-48.

²³ HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Nova Iorque. Oxford University press. 2003. p 12.

Além disso, privar alguém de liberdade é extremamente oneroso ao Estado. É preciso despende com vigilância, medicamentos, alimentação, entre outros gastos significativos que envolvem a manutenção de um presídio. Aumentar penas significa aumentar ainda mais o gasto de dinheiro público direcionado ao sistema penal, o que só se torna politicamente aceitável quando esse custo é revertido em favor da segurança pública. Se o custo não for revertido, ele se torna vazio e simplesmente absurdo em um contexto onde os recursos são limitados. Não seria mais uma questão de investir em segurança pública em detrimento de outros setores, mas de gastar com punição em detrimento, inclusive, de segurança pública.

Assim, estabelecemos um ponto de partida para a nossa discussão: a pena tem por função expressar censura e prevenir crimes, reduzindo a taxa de incidência das condutas criminalizadas na sociedade. Fora desses objetivos, penas maiores não são desejáveis, seja por uma razão moral de não submeter ninguém a sofrimentos desnecessários, seja por uma razão material de não desperdiçar recursos públicos que poderiam ser efetivamente aproveitados em benefício da sociedade. Tendo essa concepção como base, a qual acredito ser dotada de amplo apelo majoritário, tenho a pretensão de formular um argumento capaz de aproximar o que parece sempre tão distante no Brasil: opinião pública e crítica criminológica. Os capítulos seguintes serão dedicados à verificação do cumprimento da condição pressuposta aqui como consenso. O aumento de penas resultaria em uma menor taxa de criminalidade, assim contribuindo para a segurança pública, ou representaria uma medida inútil e imoral?

2. A TEORIA DA ESCOLHA

Nós, seres humanos, estamos constantemente fazendo escolhas. Levantar agora ou daqui a cinco minutos. Ir até o banheiro ou permanecer parado. Estudar ou trabalhar. Trabalhar ou correr o risco de passar fome. Por mais variados que possam ser, esses exemplos binários ainda passam longe de representar a complexidade das nossas vidas. Com muito mais frequência, nos deparamos não com duas, mas com inúmeras opções conflitantes, cada uma com consequências capazes de afetar as opções futuras. Não importa a ótica da qual se observa, é imenso o papel que as escolhas têm na nossa vida. Mas o que significa escolher e quais são os critérios que normalmente utilizamos nesse processo reflexivo? Saber se as penas podem reduzir a taxa de criminalidade envolve, necessariamente, conhecer respostas para essas perguntas.

2.1 Uma Abordagem Descritiva

Aristóteles foi o primeiro na história a formular uma concepção de escolha. Segundo ele, a escolha recai sobre meios e se dá em vistas de um fim. “Por exemplo, queremos estar saudáveis, mas escolhemos deliberadamente que coisas nos tornarão saudáveis; queremos ser felizes e o declaramos, mas não é apropriado dizer que escolhemos deliberadamente ser felizes”²⁴. Em outras palavras, selecionamos nossas ações (meios) com base nos nossos desejos (fins), ou, o que tratarei como sendo o mesmo, com base nos nossos objetivos. Dado determinado desejo, uma escolha é ruim quando havia outros meios melhores para atingir esse objetivo. Mas e o desejo? É possível dizer que um desejo é errado e também, conseqüentemente, a busca por satisfazê-lo?

Muito já se escreveu acerca daquilo que devemos desejar; o que é uma vida boa e o que é viver bem. Aristóteles, inclusive, se dedicou a isso. Não se preocupou apenas com a escolha, mas especificamente com a escolha deliberada e o desejo deliberado²⁵. Não entrarei nesse assunto no presente trabalho. Sabemos que ninguém deveria agir de forma violenta ou ameaçadora, mas, mesmo assim, algumas agem. Para tratar desse tema, precisamos entender os motivos que levam a isso. Buscarei tratar dos fatores que influenciam no comportamento humano, e não dos fatores que deveriam influenciar. Chamarei de descritiva essa abordagem que não questiona os desejos e objetivos, em contraposição a abordagens prescritivas, que

²⁴ ZINGANO, Marco. *Ethica Nicomachea I 13 – III 8*. Tratado da Virtude Moral. São Paulo: Odysseus, 2008. p. 65.

²⁵ Para uma análise aprofundada sobre escolha na obra de Aristóteles, cf. SPINELLI, Priscila Tesch. *A prudência na Ética Nicomaquéia de Aristóteles*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

restringem a escolha a objetivos pré-fixados. A pergunta é: dados os objetivos que têm, como as pessoas escolhem?

Uma escolha, obviamente, pressupõe opções. Para uma ação X constituir uma escolha, é necessário que, no mesmo momento, pelo menos uma ação não-X tenha sido também possível. Aqui, a palavra 'possível' deve ser entendida em sentido amplo. Ainda que não seja razoável descumprir, com uma arma apontada para a cabeça, a exigência daquele que profere uma ameaça, isso não é impossível. Impossível é algo infactível; algo que somos *impedidos* de fazer por fatores externos à nossa vontade, como correr na velocidade da luz. Deixamos de colocar nossas vidas em risco não porque somos impedidos, mas porque damos a ela um alto valor, que quase sempre ultrapassa o valor de qualquer opção conflitante. Um pai que decide sacrificar a própria vida para salvar a vida do filho, por exemplo, é um caso que demonstra que somos capazes de escolher mesmo quando estão em jogo bens muito importantes.

Não só de opções, mas é da comparação entre opções que uma escolha é composta. Valoramos as opções que estão diante de nós e escolhemos aquela que preferimos. É claro que essa valoração estará submetida à falibilidade da percepção humana. Valoramos as opções da melhor à pior de acordo com o que *acreditamos* ser o melhor ou o pior, o que muitas vezes não irá corresponder com a realidade. Imagine um senhor religioso que está doente e tem a opção de tomar ou não um determinado remédio para curar sua enfermidade. Ele decide não tomar, porque acredita que a cura irá advir de sua fé na religião, mas a falta do remédio permite que a doença se agrave e ele acaba morrendo. Ele certamente preferia a cura e escolheu a opção que ele acreditava ser a melhor para o seu objetivo, mas isso certamente não soa como uma atitude racional²⁶.

Se as pessoas com frequência não são racionais, esse critério merece ser afastado? Como já foi afirmado, afinal, estou interessado em descrever como as pessoas agem, e não em prescrever como elas deveriam agir. Não irei aprofundar aqui o problema da relação entre crenças e racionalidade, pois demandaria um espaço que este trabalho não comporta. Por outro lado, continuo comprometido com retratar a realidade e, apesar de poder parecer contraditório, é justamente por isso que precisamos falar da racionalidade. Mais especificamente, trataremos da racionalidade instrumental. O motivo é simples: as pessoas buscam agir conforme suas preferências, o que significa que elas buscam ser instrumentalmente racionais²⁷. Erros de fato ocorrem, mas a racionalidade não deixa de ser,

²⁶ Sobre o papel da crença para uma concepção de escolha racional, GAUS, Gerald. **On Philosophy, Politics and Economics**. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007. p. 9-11.

²⁷ Definir o que é racionalidade pode ser extremamente complexo. Nem mesmo a ideia mais restrita de

por isso, um forte fator de influência no comportamento humano.

As três próximas seções irão expor aquilo que, no âmbito do que foi desenvolvido na teoria da escolha, foi constatado como capaz de influenciar as decisões humanas. Para fins de ilustração, iniciarei expondo os pressupostos da racionalidade instrumental. Em seguida, abordarei mais especificamente os aspectos associados à formação das preferências, processo que é influenciado pelo contexto em que se insere o agente e pela própria psicologia humana.

2.2 Escolha Racional e Teoria da Utilidade

A teoria da escolha foi amplamente desenvolvida nos campos da matemática e da economia, ficando conhecida como *decision theory*²⁸. Não demorou para que os avanços trazidos no âmbito dessas áreas fossem logo aplicados em outras esferas de conhecimento, como filosofia moral e direito, incluindo o direito penal. Dentro desse último âmbito, a matéria ficou conhecida como análise econômica do crime²⁹, primeiro fruto dessa fusão entre direito penal e teoria da escolha. Irei me afastar da matriz dessa análise econômica mais ortodoxa por razões que ficarão claras no Capítulo 4, mas, isso não impedirá que os *insights* desenvolvidos nessa área sejam, parcialmente, aproveitados. A base desses trabalhos é assumir que os indivíduos agem racionalmente. Tratarei brevemente dos pressupostos desse agir racional nesta seção.

Utilidade é uma palavra ambígua, normalmente associada a algo como “serventia” ou “finalidade”. Por outro lado, quando se fala em teoria da utilidade, não é a isso que se pretende referir. Uma função de utilidade é nada mais do que uma representação numérica de preferências, que se dá a partir do ordenamento das alternativas disponíveis à escolha³⁰. Por exemplo, 1 - jogar futebol, 2 - assistir TV, 3 - estudar. Essa função (1,2,3) informa que determinada pessoa prefere jogar futebol a assistir TV ou estudar, bem como que prefere assistir TV a estudar. Nesse ponto surge a racionalidade: uma pessoa é racional quando suas preferências podem ser representadas através de uma função de utilidade e suas escolhas são feitas de acordo com essa ordem.

racionalidade instrumental escapa de críticas e questionamentos, como os expostos pela filósofa Jean Hampton. HAMPTON, Jean. Why Instrumental Reasoning Isn't Instrumental. In: HAMPTON, Jean. **The Authority of Reason**. Nova Iorque. Cambridge University Press, 1998.

²⁸ O livro mais marcante nesse aspecto foi escrito pelo matemático John von Neumann e o economista Oskar Morgenstern. VON NEUMANN, John, MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1947.

²⁹ BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. **Jornal of Political Economy**, 76. Chicago: University of Chicago Press, 1968. p. 169-217; POSNER, Richard A.. An economic theory of the criminal law. **Columbia law review**, v. 85, n. 6, p. 1193-1231, 1985.

³⁰ HAUSMAN, Daniel; MCPHERSON, Michael; SATZ, Debra. **Economic analysis, moral philosophy, and public policy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 48.

A primeira condição da escolha racional é a *completude*. Como se pode perceber, a relação de preferência é estritamente comparativa entre duas alternativas. Suponhamos as opções X e Y. Três são os resultados possíveis desta comparação: X é preferível a Y; Y é preferível a X; ou X e Y são indiferentes. Entre três opções X, Y e Z, a escolha racional será X se X for preferível ou indiferente tanto a Y quanto a Z (se todas forem indiferentes umas às outras, qualquer escolha será racional, inclusive X). Note que a relação de indiferença não pressupõe pouca importância, mas sim uma equivalência valorativa. Suponha que alguém é colocado sob a terrível situação de escolher entre a vida de seu pai e de sua mãe: ambos doentes, cada um depende de uma cirurgia extremamente onerosa para sobreviver, sendo que o agente só consegue pagar uma delas. O agente, que ama os dois igualmente, poderá ser indiferente às alternativas, ainda que ambas representem um valor muito alto para ele. O fato de as alternativas envolverem resultados de grande relevância - sejam eles de valores equivalentes ou diversos -, e portanto, tornarem difícil o ato de escolha, não significa uma impossibilidade de comparação. A completude restará satisfeita quando as alternativas forem comparadas, ou seja, quando forem preferíveis ou indiferentes umas às outras³¹.

A segunda condição é a *transitividade*. Considere novamente as alternativas X, Y e Z, e considere também que X é preferível a Y e Y é preferível a Z. Mesmo que nada tenha sido mencionado acerca da relação entre X e Z, a condição de transitividade demanda que X seja preferível a Z. Para ilustrar a importância dessa condição, pensemos em uma pessoa que não observa esse requisito. Imagine que um agente perdeu uma aposta e deverá entregar ao ganhador a quantia de 10 reais como pagamento. O ganhador facultava-lhe pagar a aposta também com outros dois bens: uma caneca, uma revista ou 10 reais. O agente, que prefere 10 reais à caneca, a caneca à revista e a revista a 10 reais - e, portanto, não respeita a transitividade -, resolve pagar a aposta com a caneca. Recebendo a caneca, o ganhador da aposta oferece trocá-la pela revista e mais uma pequena quantia em dinheiro, digamos 1 centavo. O agente irá aceitar a troca, pois prefere a caneca à revista. O ganhador oferece agora trocar a revista por R\$ 10,01, ao que o agente novamente aceita, afinal ele prefere a revista a 10 reais. Mas agora o agente voltou à mesma posição que estava e, pra piorar, está com menos dinheiro. Esse argumento, chamado de “money pump argument”³², mostra claramente que a transitividade é uma condição indispensável para a escolha racional.

Uma pessoa deve ser capaz de decidir não apenas em situações de certeza, mas também

³¹ LUCE, Robert Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions: Introduction and critical survey**. Nova Iorque: Dover Publications, 1989. p 23.

³² GAUS, Gerald. **On Philosophy, Politics and Economics**. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007. p. 38-39.

em situações de risco e de incerteza. Certeza há quando cada alternativa leva a um único resultado certo. Risco, quando cada alternativa pode levar a mais de um resultado e são conhecidas as probabilidades de superveniência de cada resultados. E incerteza, quando as alternativas levam a uma variedade de resultados, mas diferentemente da situação de risco, com probabilidades totalmente desconhecidas³³. Considerando que tratarei do poder de influência da pena no comportamento humano, focarei em um misto de risco e incerteza. Por um lado, é impossível calcular a probabilidade exata que um indivíduo tem, ao praticar um crime, de ser descoberto e condenado - muito menos calcular a noção que o agente tem acerca dessa probabilidade, que pode ser distorcida. Por outro lado, é inegável que essas probabilidades são passíveis de aproximação - o agente tem uma percepção sobre elas, mesmo que imprecisa ou vaga - através de dados empíricos. Para uma escolha racional nesse molde, uma pessoa deve ser capaz de decidir entre loterias. Por que loterias? Porque qualquer alternativa em circunstância de risco ou incerteza pode ser representada através de uma loteria. Decidir entre loterias envolve a satisfação de outra condição.

A terceira condição é a de *independência*. Assuma que um crime possa ser representado por uma Loteria A que envolve uma probabilidade 0.2 de 10 anos de prisão, em oposição a uma probabilidade 0.8 de obtenção ilícita de 1000 reais. Nesse caso, a utilidade esperada da Loteria A (esperada, pela ausência de certeza) será representada pela soma dos valores dos resultados, multiplicada pela respectiva probabilidade de superveniência. Considerando que o agente confere -X como o valor de 10 anos de prisão e Y como o valor da vantagem ilícita de 1000 reais, teremos: Loteria A = (Y x 0.8) - (X x 0.2). Entre duas loterias, será preferível aquela que apresentar a maior utilidade esperada, ou seja, aquela que apresentar a melhor combinação entre resultados e chances. Agora assuma outra Loteria B, que envolve um crime de probabilidade de 0.2 de 12 anos de prisão e probabilidade de 0.8 de obter 1000 reais ilicitamente. Partindo do pressuposto que o agente prefere menos anos de prisão a mais anos de prisão, ele deve preferir a Loteria A à Loteria B, tendo em vista que a única característica que diferencia tais loterias são 2 anos a mais de prisão nesta última. Nesse contexto, a condição de independência demanda que a preferência sobre a Loteria A deve ser mantida mesmo se a quantia de 1000 reais fosse substituída por qualquer outro valor, seja de 1 real ou bilhões de reais, desde que fosse o mesmo em ambas as loterias. Em uma escolha racional sob risco, a decisão deve ser independente daquilo em que as alternativas não diferem³⁴.

³³ LUCE, Robert Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions: Introduction and critical survey**. Nova Iorque: Dover Publications, 1989. p. 13.

³⁴ HAUSMAN, Daniel; MCPHERSON, Michael; SATZ, Debra. **Economic analysis, moral philosophy, and**

Embora tenham sido apresentadas apenas três requisitos para a escolha racional - completude, transitividade e independência -, ressalto que racionalidade não se exaure nessas condições. A matéria é extremamente controvertida: há quem sustente uma racionalidade mais restrita, com mais requisitos além desses apresentados, assim como há também quem sustente uma racionalidade mais ampla, questionando a razoabilidade dessas exigências. Não entrarei na análise dessas controvérsias, pois a discussão envolveria considerações técnicas que pouco teriam a contribuir ao objeto deste estudo³⁵. Assumo que as condições aqui abordadas, em termos de racionalidade, são suficientes para os singelos propósitos aqui buscados. Para além da racionalidade, no entanto, outros fatores ainda precisam ser analisados.

2.3 Preferências e Circunstâncias Fáticas

É fato que os seres humanos divergem muito em termos de preferências. Queremos coisas diferentes, em intensidades diferentes e em tempos diferentes. Mas isso não leva à conclusão de que temos preferências aleatórias. No meio a tanta divergência, é possível observar padrões de comportamento; mais especificamente, padrões de formação de preferências. O padrão mais óbvio é que formamos as nossas preferências com base no contexto em que nos encontramos, ou seja, com base naquilo que temos e naquilo que podemos ter. Na seção anterior, foram analisados os requisitos para se ter preferências e para buscá-las de forma consistentes; nesta seção, o foco estará na formação das preferências e nas circunstâncias fáticas que condicionam esse processo.

Se nossas preferências são moldadas não apenas pelo valor absoluto dado a cada alternativa, mas pelo valor relativo de cada uma delas comparadas entre si, então é certo que o contexto importa. Toda e qualquer escolha pressupõe um *custo de oportunidade*, que consiste no valor das alternativas não escolhidas; é aquilo de que se abre mão com o ato de escolha. Esse conceito foi desenvolvido no âmbito da economia e é de fácil compreensão se pensarmos na relação de consumo. Por exemplo, o custo de oportunidade da compra de uma pizza por 60 reais é dado pelos bens que seriam deixados de ser adquiridos por esse mesmo valor. Não se trata apenas do preço do bem, mas da comparação entre esse preço e o preço dos demais bens disponíveis no mercado. Se esse mesmo mercado oferecer outra pizza pela metade do preço e com a mesma qualidade, o custo de oportunidade da primeira pizza será alto, pois seria possível obter outra pizza igualmente boa pela metade do preço. Por outro lado, se a única

public policy. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 51-52.

³⁵ Para uma análise de maior precisão técnica sobre o tema: SEN, Amartya. **Collective Choices and Social Welfare**. Amsterdã: North-Holland, 1979. p. 7-20.

pizza oferecida pelo mercado fosse essa por 60 reais, o custo de oportunidade dessa compra seria menor, pois não envolveria apenas abrir mão de um bem similar por menos dinheiro; envolveria renunciar completamente ao ato de comer pizza, o que soa muito menos atraente. O custo de oportunidade de um bem varia conforme o valor que o agente dá às alternativas que dispõe para escolher, o que significa dizer, no âmbito econômico ortodoxo, que varia conforme os bens disponíveis para compra, seus respectivos preços, e o orçamento do agente³⁶.

Mas não é só nas relações de consumo que se pode observar a influência do custo de oportunidade. Suponha que o orçamento do agente é o seu tempo e os bens disponíveis para compra são as suas capacidades. Uma pessoa que passe o dia inteiro parada provavelmente estará abrindo mão da valiosa oportunidade de caminhar, pelo menos durante algum período de tempo. Ela poderia “comprar” o ato de caminhar, mas está investindo todo o seu “dinheiro” no ato de permanecer imóvel; isso não soa como um bom investimento. Se essa pessoa, no entanto, for acometida por uma deficiência nas pernas que a impeça de caminhar, essa ação deixa de ser um custo de oportunidade para ela. Nesse caso, permanecer parada o dia inteiro não parece um mal investimento, tendo em vista que, ainda que o ato de caminhar seja um bem extremamente desejável, ele não está disponível no mercado da perspectiva dessa pessoa com deficiência. O mesmo valeria para uma pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade, quanto a maiores deslocamentos.

Uma alteração de preço também teria um resultado similar. Considere que o preço de uma ação é dado pelo tempo e pelo esforço que sua realização exige. Assuma também que a deficiência citada acima não impede a pessoa de caminhar, mas dificulta esse processo, tornando-a dependente de muletas e bastante força. É razoável pensar que essa pessoa se sentiria muito menos atraída por caminhar, em termos quantitativos, do que outra pessoa que não sofresse com os mesmos obstáculos. Apesar de o deslocamento resultante da caminhada ser similarmente prestativo para qualquer pessoa, a pessoa com deficiência necessitaria despende muito mais tempo e esforço para caminhar a mesma distância, o que significa que essa ação, para ela, teria um custo de oportunidade muito maior e, por isso, ela tenderia a investir menos tempo nessa atividade. As alternativas que uma pessoa dispõe para escolher, limitadas por fatores internos e externos, irão determinar o custo de oportunidade de suas decisões e, conseqüentemente, condicionar suas preferências.

³⁶ Na economia, isso é chamado de curva decrescente de demanda: a demanda por um bem diminui na medida em que seu preço aumenta, tendo em vista que isso faz seu custo de oportunidade aumentar e, conseqüentemente, menos pessoas estarem dispostas a suportar esse custo. VARIAN, Hal R. **Intermediate Microeconomics: A Modern Approach**. 8ª ed. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 2010. p. 95-114.

Outro conceito essencial desenvolvido no âmbito da economia é o de *utilidade marginal decrescente*. A ideia desse conceito é que, quanto mais dispomos de um determinado bem, tendemos a valorizar menos uma unidade adicional desse bem. Podemos adorar hambúrguer e prontamente estar dispostos a comprar uma unidade, ou talvez mais de uma, dependendo da nossa fome. Mas, certamente, a segunda unidade não irá trazer tanto prazer quanto a primeira, e eventual terceira unidade trará menos prazer ainda. A sensação de comer um hambúrguer em situação de bastante fome é melhor do que a sensação de comer um hambúrguer em situação de pouca ou nenhuma fome. Isso explica porque alguém que gosta de hambúrguer poderia preferir um hambúrguer a R\$ 15,00, mas não preferir três hambúrgueres a R\$ 45,00. Considerando que uma função de utilidade é uma representação numérica das preferências de uma pessoa, a relação entre um determinado bem e sua quantidade geraria um gráfico de utilidade com curva decrescente.

Gerald Gaus sustenta que o conceito de utilidade marginal decrescente é essencial para representar um agente movido por múltiplos objetivos³⁷. Ele pede para supor alguém que tenha ao seu dispor uma variedade de objetivos a perseguir, mas que não se submeta ao efeito da regra de utilidade marginal decrescente. Suponha também que esse agente terá um objetivo que avalia como mais importante que os outros e ele pode, a qualquer momento, dedicar seu tempo a buscar esse objetivo. Se esse objetivo mais importante for assistir a jogos de futebol, o agente irá assistir a jogos de futebol vinte e quatro horas por dia, afinal, sem utilidade marginal decrescente, ele valorizará a vigésima quarta hora de futebol tanto quanto a primeira. De igual forma, alguém como eu, que coloca a escrita desta monografia como prioridade de vida, não irá fazer outra coisa senão escrever. Mas nada disso nos soa plausível como a descrição de um comportamento humano. Não somos obcecados por um único objetivo. Buscamos satisfazer múltiplos interesses: o tempo que investimos em uma determinada ação gradualmente diminui o valor dessa atividade e dirige nossas preferências para outras ações. A utilidade marginal decrescente, mais do que uma constatação empírica acerca do comportamento humano, arrisco a dizer, é um requisito de sanidade.

Aquilo que possuímos afeta nossas preferências de acordo com a regra de utilidade marginal decrescente: maiores os bens, menor o valor das unidades adicionais e vice-versa. Aquilo que podemos possuir afeta nossas preferências porque isso muda o custo de oportunidade das nossas escolhas: quanto maior o valor daquilo que precisamos abrir mão, menor o valor da respectiva alternativa. Mas não são apenas as circunstâncias fáticas que

³⁷ GAUS, Gerald. **On Philosophy, Politics and Economics**. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007. p. 21-23.

condicionam nossas escolhas. Apresentamos também padrões peculiares, que vão além do contexto do agente ou da racionalidade, e só podem ser explicados pela psicologia.

2.4 Preferências e Circunstâncias Psicológicas

Uma das características mais distintas entre o ser humano e outros seres vivos é a nossa capacidade de raciocínio e a nossa habilidade de agir conforme essas considerações. Mas isso não significa que a racionalidade possa resumir o nosso comportamento. Além de estarmos submetidos a diversos tipos de erros mesmo mirando consistentemente nas nossas preferências - erramos cálculos de probabilidade, interpretamos distorcidamente situações, etc. -, alguns padrões de comportamento fogem do âmbito da racionalidade. Conjecture a seguinte situação:

Suponha que o nível de desigualdade econômica no país está aumentando e se calcula que isso causará a morte de 60.000 pessoas no ano subsequente. Uma entre duas políticas públicas deverá ser escolhida para ser implementada como forma de redução de danos: a Política A ou a Política B. As estimativas acerca das consequências de cada uma das políticas são as seguintes:

Política A - 20.000 pessoas serão salvas

Política B - um terço de probabilidade de as 60.000 pessoas serem salvas e dois terços de probabilidade de nenhuma pessoa ser salva.

Agora suponha o mesmo problema, mas tendo como alternativas as Políticas C e D, com as seguintes consequências:

Política C - 40.000 pessoas morrerão.

Política D - um terço de probabilidade de nenhuma pessoa morrer e dois terços de probabilidade de 60.000 pessoas morrerem.

Se as pessoas fossem estritamente racionais, a escolha entre as Políticas A e B corresponderia com a escolha entre as Políticas C e D, tendo em vista que A e C, assim como B e D, são exatamente iguais em termos de consequências. Um experimento realizado por dois pesquisadores israelenses, entretanto, demonstrou que essa correspondência não ocorre: quando os efeitos foram descritos em termos de vidas salvas, 72% das pessoas entrevistadas escolheram a primeira opção (sem risco), mas quando as mesmas consequências foram

descritas em termos de mortes, 78% das pessoas escolheram a segunda opção (com risco)³⁸. Os dados obtidos a partir desse experimento são impressionantes: como pode uma simples diferença na descrição das alternativas levar a resultados diametralmente opostos? As circunstâncias fáticas não podem explicar isso, muito menos pode a racionalidade. A teoria da escolha precisa ser complementada.

Daniel Kahneman e Amos Tversky, os pesquisadores referidos acima, foram os responsáveis por enormes descobertas no campo da teoria da escolha, tão relevantes que chegaram a render um prêmio nobel em economia. Eles desafiaram o antes incontroverso pressuposto de racionalidade humana, que representava a base de todo o conhecimento produzido até a época no ramo da economia comportamental. Descobrendo padrões de escolha aptos a explicar o que a racionalidade não poderia, Kahneman e Tversky formularam uma teoria com esses novos padrões - a qual denominaram “prospect theory” - e revolucionaram essa área do conhecimento. Não irei apresentar aqui tal teoria em sua integralidade; irei expor apenas alguns de seus pontos mais relevantes para a investigação científica aqui perseguida.

A inovação mais importante trazida pela “prospect theory” é a demonstração de que nós, humanos, temos *aversão a perdas*. A desutilidade com que representamos uma perda tende a ser maior do que a utilidade com que representamos um ganho de igual quantia. Imagine a seguinte situação: você mora de aluguel e desconfia que está sendo cobrada 100 reais a mais do que o devido; você fica muito indignada com a cobrança excessiva; sem tempo para resolver a situação antes do vencimento da dívida, você decide pagar o valor cobrado para evitar uma multa, planejando tomar as devidas providências para reaver o dinheiro posteriormente; após o pagamento do valor, no entanto, você começa a pensar que o incômodo de buscar o dinheiro, que antes parecia valer a pena, já não parece mais tão atraente; a cobrança indevida não se repete no mês seguinte e você eventualmente acaba deixando a questão de lado³⁹. Se essa pequena história soa plausível, é porque as pessoas tendem a ter aversão a perdas. Antes do pagamento, a cobrança indevida é vista como uma perda; após o pagamento, reaver o dinheiro é visto como um ganho. É claro que uma pessoa precisando do dinheiro teria uma motivação maior e poderia tomar uma atitude diferente, mas

³⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: **Environmental Impact assessment, technology assessment, and risk analysis**. Heidelberg: Springer Berlin, 1985. p. 107-129. A situação hipotética que descrevo acima é uma singela adaptação para a realidade brasileira do problema criado por Kahneman e Tversky e apresentado pela primeira vez nesse artigo. Os créditos referentes ao potencial didático do exemplo exposto são inteiramente deles.

³⁹ Escrevi a situação hipotética quando estava prestes a passar por uma situação assim. Ainda não havia pago o valor da cobrança excessiva, mas já desconfiava da mudança que minha motivação sofreria para reaver o dinheiro. Para minha sorte, pouco tempo depois, o valor da cobrança foi espontaneamente corrigido.

esse não é ponto. O ponto é que, em regra, a mesma quantia de dinheiro é valorada de forma diferente na perspectiva do agente dependendo se este a percebe como um ganho ou como uma perda.

Não valoramos as perdas simplesmente com um pouco mais de intensidade do que os ganhos; essa diferença tende a ser bastante mais significativa do que a palavra “pouco” pode representar. Estima-se que, para a maioria das pessoas, o ganho deve girar entre 1.5 a 2 vezes a quantia da perda para que o benefício psicológico do ganho compense o custo psicológico dessa perda⁴⁰. Esse alto custo psicológico em relação a perdas nos faz mais dispostos a suportar eventuais custos que envolvam evitar essa perda. Antes dessa descoberta, se pressupunha, genericamente, que tínhamos aversão ao risco. Essa descoberta mostrou que a nossa aversão, no entanto, não é em relação ao risco, mas sim em relação às perdas: para obter ganhos, temos aversão ao risco; para evitar perdas, pelo contrário, buscamos o risco. A situação descrita no começo dessa seção evidencia bem a ideia: para salvar mais vidas (ganho) as pessoas não estavam dispostas a arriscar, mas para evitar mais mortes (perda) a opção de risco atraiu a grande maioria.

Como se pode perceber, a incidência do efeito de aversão a perdas depende de um fator prévio, qual seja, a percepção do agente. A forma como o agente percebe a situação em que ele está tem uma enorme influência na sua avaliação das alternativas. Isso é chamado de efeito “framing”, palavra em inglês que pode ser traduzida como enquadramento⁴¹. Se já é fácil notar como a nossa percepção pode mudar a partir de uma simples descrição literal diferente de um mesmo problema, é razoável imaginar que a complexidade dos fatores que envolvem o nosso cotidiano podem produzir um “framing” ainda mais persuasivo. Pretendo sustentar, no Capítulo 4, que a influência desses fatores para a prática criminal é grande.

Outro padrão de comportamento humano importante para este trabalho é a nossa tendência a planejar de forma otimista. Kahneman e Tversky - de novo eles - chamaram essa tendência de *planning fallacy*⁴². O primeiro passo dos autores foi perceber que as pessoas, em regra, ignoram informações estatísticas em favor de explicações causais. Por exemplo, quando um objeto voador não identificado é notado no céu, as pessoas tendem a acreditar que se trata de vida extraterrestre. A informação no sentido de que isso, estatisticamente falando, beira o

⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 353.

⁴¹ Os responsáveis por provar esse efeito “framing” foram também Kahneman e Tversky, no estudo já citado na nota 38

⁴² KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Intuitive Prediction: Biases and Corrective Procedures. **TIMS Studies in Management Science**, 12, 1979. p. 313-327.

impossível é frequentemente ignorada. A explicação de que o objeto é uma nave conduzida por um ser vivo de outro planeta parece mais viva na nossa mente e acaba sendo preferível à frieza dos dados estatísticos. A seguinte descrição foi utilizada em um experimento realizado nesse sentido:

Tom W. é dotado de grande inteligência, embora careça de criatividade genuína. Tem necessidade de ordem e clareza e de sistemas organizados em que cada detalhe encontre seu lugar apropriado. Seu texto está mais para maçante e mecânico, animado ocasionalmente por alguns trocadilhos e lampejos de imaginação do tipo ficção científica. Exibe forte compulsão por competência. Parece apresentar pouca compreensão e pouca simpatia pelas outras pessoas, e não aprecia a interação com os outros. Autocentrado, exibe no entanto um profundo senso moral.

Considerando que Tom W. é um estudante, qual é a probabilidade de ele ser um estudante de cada uma das seguintes áreas: Administração de Negócios, Ciência da Computação, Direito, Ciências Humanas ou Educação, Engenharia, Biblioteconomia, Medicina, Ciências Sociais?

Ao analisar as respostas coletadas, foi verificado que 95% dos participantes julgaram mais provável que Tom W. fosse estudante de Ciência da Computação do que de Ciências Humanas ou Educação⁴³. Isso é surpreendente, porque o número de pessoas que estudam ciência da computação é muito menor do que o número de pessoas que estudam Ciências Humanas ou Educação. A explicação causal - “uma pessoa com essa descrição só pode estudar Computação” - foi preferida em detrimento de considerações estatísticas muito mais relevantes.

A relação entre a falácia do planejamento e essa tendência a ignorar informações estatísticas é que isso leva as pessoas a planejarem pensando apenas naquilo que é preciso para resolver o problema que estão diante, sem pensar nos fatores externos que podem levar ao fracasso⁴⁴. Prazos de conclusão de artigos, obras ou quaisquer outros projetos são frequentemente subestimados em razão da desconsideração dos fatores externos, que poderiam facilmente ser aferíveis através da análise de um conjunto de situações similares. A visão que prevalece é: “realizamos 10% da obra em 2 meses, logo levaremos aproximadamente 2 anos para concluí-la”; ao passo que, para um planejamento realista,

⁴³ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. On the psychology of prediction. *Psychological review*, v. 80, n. 4, 1973. p. 238-239.

⁴⁴ “The planning fallacy is a consequence of the tendency to neglect distributional data, and to adopt what may be termed an ‘internal approach’ to prediction, where one focuses on the constituents of the specific problem rather than on the distribution of outcomes in similar cases. The internal approach to the evaluation of plans is likely to produce underestimation” Em: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Intuitive Prediction: Biases and Corrective Procedures. *TIMS Studies in Management Science*, 12, 1979. p. 314.

deveria ser: “Realizamos 10% da obra em 2 meses, mas qual a probabilidade de que atrasos ocorram por motivos de doenças, falta de material, falta de dinheiro, etc? Qual foi o tempo médio de conclusão de obras similares com recursos similares?”

A desconsideração de estatísticas será fortalecida por qualquer circunstância que possa ser usada, na perspectiva do agente, para diferenciar o problema em questão de outros problemas similares⁴⁵. Para isso, nada é mais influente do que a nossa própria autoestima. Em média, as pessoas são extremamente otimistas em relação aos próprios talentos. Uma pesquisa feita com 1 milhão de estudantes revelou dados impressionantes: perguntados para se compararem aos seus colegas, 70% respondeu que estavam acima da média em termos de habilidade de liderança, e apenas 2% afirmou estar abaixo da média; no quesito destreza atlética, 60% respondeu estar acima da média e 6% abaixo; quanto à habilidade de se relacionar com outras pessoas, 60% afirmou estar nos 10% melhores e 25% afirmou estar no top 1%⁴⁶. O otimismo generalizado que esses dados demonstram chega a ser cômico de tão incompatíveis que as previsões dos entrevistados são com a realidade.

Ao valorar uma alternativa envolvendo risco e incerteza em que os custos podem ser evitados com um misto de sorte, esforço e talento, as pessoas tendem a subestimar os custos. Além de estarem inclinadas a ignorar as estatísticas em favor de informações menos confiáveis, as pessoas também acreditam que as estimativas gerais de fracasso não se aplicam a elas, já que seus atributos naturais e esforços seriam supostamente melhores do que os da maioria das pessoas. A sorte, que incontestavelmente desempenha um enorme papel na maioria das atividades de risco, é subestimada em favor de explicações causais: o fracasso é a falta de esforço suficiente, enquanto o sucesso é a manifestação do talento. Assim, a avaliação da alternativa acaba sendo distorcida em favor dos benefícios, para muito além daquilo que uma análise racional permitiria.

Um último conceito é fundamental no condicionamento das nossas preferências: *preferência temporal*. É uma profunda regra psicológica o fato de sermos impelidos pelos nossos instintos a preferir satisfazer sentimentos imediatos em detrimento de sentimentos futuros. Em outras palavras, tendemos a preferir escolhas com resultados imediatos, ainda que isso tenha como custo a exclusão de um resultado futuro mais valioso. Estamos acostumados com a preferência temporal: as expressões “autocontrole” e “força de vontade” são comuns em nosso vocabulário e refletem de forma precisa tentativas de resistir a essa regra

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Intuitive Prediction: Biases and Corrective Procedures. **TIMS Studies in Management Science**, 12, 1979. p. 313-327.

⁴⁶ LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of success. **Harvard business review**, v. 81, n. 7, 2003. p. 56-63.

comportamental. Uma pessoa interessada em fazer dieta é um exemplo clássico dessa situação. Refletidamente, ela não quer comer comidas altamente calóricas, pois sua prioridade é ter um corpo saudável. O problema é que o benefício decorrente de um corpo saudável só irá se concretizar após um período relativamente longo de compromisso com a dieta, enquanto o benefício decorrente do prazer de uma comida altamente calórica se concretiza imediatamente. Assumindo que as pessoas que tentam adotar dietas realmente preferem um corpo saudável a comidas calóricas, a única coisa que pode explicar seu frequente fracasso nessa tentativa é a preferência temporal.

Experimentos indicam que a atratividade de uma recompensa (o que pode ser entendido como qualquer resultado benéfico) reduz em função do intervalo de tempo existente entre uma alternativa e sua respectiva recompensa⁴⁷; quanto maior o intervalo entre a recompensa e a alternativa, menos atraente é a alternativa. Essa proporção é difícil de medir com precisão. Os experimentos parecem divergir bastante no aspecto de quantificação da influência do tempo nas escolhas. Por outro lado, uma coisa parece certa: as variações formam um gráfico de curva côncava⁴⁸, o que significa dizer que, apesar de a influência aumentar conforme o tamanho do intervalo, o peso da influência está mais concentrado nas primeiras unidades de tempo do que nas últimas. Por exemplo, um intervalo de duas horas diminui mais a atratividade da alternativa do que um intervalo de uma hora, mas a primeira hora tem mais peso de influência se comparada à segunda hora. Isso leva a crer que mesmo intervalos relativamente curtos de tempo já podem causar uma influência drástica nas preferências.

Preferência temporal é algo irracional. Não há razões para dar mais ou menos valor para um bem tendo como critério simplesmente sua posição no tempo. Não por outro motivo, esse fenômeno comportamental é tratado como uma anomalia no âmbito econômico⁴⁹. As pessoas descontam o valor do futuro. Mas por que agimos dessa forma? Uma hipótese traçada por Robert Nozick é no sentido de que a preferência temporal pode ter sido uma característica transmitida de geração para geração através da seleção natural. A imensa maioria dos seres vivos não são minimamente capazes de fazer previsões de probabilidade acerca de eventos futuros. Segundo Nozick, a preferência temporal seria, então, uma tentativa da natureza de realizar esse desconto de probabilidade para os nossos ancestrais, afinal, na incapacidade para analisar o futuro, uma preferência por bens imediatos é uma ferramenta essencial para a

⁴⁷ AINSLIE, George. Specious Reward: A Behavioral Theory of Impulsiveness and Impulse Control. *Psychological bulletin*. 82., 1975. p. 463-496.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ VARIAN, Hal R. *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*. 8ª ed. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 2010. p. 574-575.

sobrevivência. O problema é que, diferentemente dos nossos ancestrais, nós alcançamos a inteligência necessária para entender os custos decorrentes de riscos e incertezas, o que faz com que acabemos por proceder um duplo desvalor⁵⁰ das alternativas com base nesses fatores: um desconto consciente de probabilidade e mais um desconto temporal instintivo.

Racionais ou irracionais, a seleção de todos os conceitos expostos neste capítulo foi motivada por suas influências no comportamento humano. Seguimos as regras de *completude*, *transitividade* e *independência* porque elas nos fazem instrumentalmente racionais, ou seja, nos fazem seres que têm preferências e fazem suas escolhas de modo a alcançá-las. Isso, no entanto, constitui pouca informação para uma análise comportamental. Não podemos deixar de notar que nossas preferências não são aleatórias; também elas são condicionadas por alguns fatores, que não necessariamente são racionais.

Tendemos a preferir alternativas com menor *custo de oportunidade*, pois escolhemos não apenas com base no valor intrínseco da melhor alternativa, mas também com base no valor das alternativas não escolhidas, das quais se abre mão. Quanto maior a quantidade que possuímos de um bem, menos tendemos a valorizar uma unidade adicional desse bem, o que pode ser representado por uma função de *utilidade marginal decrescente*. Estamos dispostos a suportar custos maiores para evitar perdas do que para obter ganhos, pois temos *aversão a perdas* e isso depende da nossa percepção acerca da alternativa. Somos extremamente otimistas ao analisar os custos e benefícios de uma alternativa de risco e incerteza; ignoramos informações estatísticas, supervalorizamos nossos atributos naturais e subestimamos as chances de fracasso. Por fim, apresentamos uma *preferência temporal* pelo presente em detrimento do futuro, no sentido de que somos inclinados a diminuir o valor de um bem de acordo com a distância entre o presente e a sua concretização.

O objetivo do presente capítulo foi retratar, de forma simplificada, a matriz teórica a ser utilizada para analisar o objeto principal do trabalho: a influência do aumento da pena como desincentivo para a prática de crimes. Se os conceitos foram expostos aqui de modo a parecerem plausíveis para serem vistos como regras de comportamento humano, então o objetivo foi bem sucedido. A partir do Capítulo 4, quando a teoria da escolha será aplicada para abordar a prática de crimes, alguns desses conceitos receberão ênfase e terão uma exposição mais detalhada. Contudo, para abordar o crime sob a perspectiva da teoria da escolha, antes é preciso enxergá-lo como uma alternativa. O próximo capítulo será dedicado a isso.

⁵⁰ Nozick, Robert. **The Nature of Rationality**. Princeton: Princeton University Press, 1993. p. 14-15.

3. O CRIME COMO UMA ALTERNATIVA

O comportamento humano, assim como as nossas crenças, pode ser guiado por e explicado através de razões. Aqui, é importante diferenciar “razões”, como fatores capazes de explicar e guiar o comportamento, e “razão”, como representativa da nossa capacidade de agir racionalmente. Nesse último sentido, agir conforme a razão (instrumental) significa agir de acordo com as nossas próprias preferências. Mas as nossas preferências não são aleatórias: elas são formadas a partir dos valores que atribuímos a determinadas razões. Algumas razões são pouco controversas: ninguém quer perder dinheiro e, portanto, se alguma alternativa envolver essa circunstância, tal perda representará uma razão desfavorável a essa escolha. Outras razões são menos unânimes: nem todas as pessoas desejam ter um corpo atlético; isso pode ser uma razão favorável para aquelas que desejam e ao mesmo tempo não ser para aquelas que não desejam. Avaliamos as alternativas através das razões a elas vinculadas. É a esse sentido de razões que estarei me referindo aqui.

Podemos nem sempre agir conforme a melhor razão (na nossa valoração) e eventualmente acabar fazendo uma escolha inconsistente com as nossas próprias preferências. Mas nem mesmo nesses casos, que seriam rotulados como irracionais, estaria correto afirmar que a escolha não foi motivada por alguma razão. Uma crença falsa - como no exemplo mencionado na seção 2.1 - pode ser a razão pela qual uma pessoa tenha agido contrário às suas preferências. No caso do agir delitivo, obviamente não se trata de um problema de crenças falsas. Ainda que uma percepção distorcida da realidade possa ser um fator de influência, seria ingênuo pensar que a conduta delitiva é sempre instrumentalmente irracional.

Se é certo que algumas pessoas escolhem cometer crimes e outras não, então é certo também que existem razões favoráveis e contrárias a esses atos, sob as quais essa alternativa de agir ilicitamente é avaliada. Tais razões, obviamente, entram em conflito e são sopesadas entre si. Parto do pressuposto de que o crime ocorre quando as razões favoráveis prevalecem sobre as razões contrárias na perspectiva do agente, da mesma forma que o crime deixa de ocorrer quando as razões contrárias prevalecem sobre as favoráveis.

Mas quais razões são essas? Uma das principais razões contrárias é o fato de que praticar crimes, boa parte das vezes, é errado⁵¹. Mesmo se pudéssemos ter a certeza de que

⁵¹ Ressalvo que não concordo com a ideia de que todos os crimes são errados. A criminalização de uma conduta, por si só, não a torna errada; o que a torna errada é a sua reprovação moral intrínseca. Com base nisso, acredito que algumas condutas são injustamente tipificadas como crimes na legislação brasileira, mas não abordarei esse

nenhuma consequência negativa adviria em nosso desfavor, a maior parte das pessoas não se sentiria à vontade para cometer crimes envolvendo ameaça ou violência, por exemplo. A mera ideia de impunidade, por si só, não transformaria as pessoas em assassinas, porque matar alguém continuaria sendo errado. Esse tipo de razão moral, no entanto, não será trabalhada aqui, por não ser possível afirmar que ela pode prevalecer sobre ou ser superada por uma razão contrária. A razão moral não supera outras razões; ela as exclui da deliberação.

Não estou ignorando o fato de que as pessoas frequentemente deixam de observar questões morais em busca de vantagens; o ponto é que, se uma pessoa considera, sinceramente⁵², que uma determinada ação é errada, agir dessa maneira será visto por ela como uma falha, e não como algo que possa ser compensado por benefícios, como uma quantia pecuniária, por exemplo. Uma alta quantia de dinheiro pode ser determinante para que uma pessoa faça um trabalho lícito extremamente difícil, assim como também pode ser determinante para que pratique uma ação que considera desonesta. Nesse último caso - considerando a ação desonesta - a pessoa sentir-se-á culpada pelo ato independentemente do valor recebido, o que não ocorreria se fosse apenas uma questão de compensação de um esforço. Falhar em agir conforme uma razão não é o mesmo que afirmar que essa razão foi superada por outra. Um erro moral (ação desonesta, por exemplo) continua sendo um erro mesmo quando a ação tem como consequência grandes benefícios e nenhum custo. Razões morais não são comparáveis porque elas estão em uma dimensão diferente: são razões exclusionárias, ou seja, razões para não agir de acordo com outras razões⁵³, dentre elas as que se referem a custos e benefícios.

Talvez isso possa soar contraditório com algo mencionado no capítulo anterior. Afirmei que não iria analisar o comportamento humano a partir de uma perspectiva estritamente racional porque, com frequência, não era assim que as pessoas agiam. Agora pretendo deixar de lado as razões morais, para me limitar aos custos e benefícios, por estes serem passíveis de comparação. Ora, se é certo que as pessoas agem também de acordo com considerações morais, por que excluí-las da análise? A resposta está no objeto do presente estudo. Avaliar a eficiência do aumento de penas como redutor da taxa de criminalidade significa avaliar a influência desse fator (pena) na valoração do crime pensado como uma

assunto aqui. Para uma teoria acerca do que deve ou não ser criminalizado, ver HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: The limits of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

⁵² Não se pode confundir um agente que age de acordo com razões morais e outro que deixa de praticar atos moralmente reprováveis apenas porque não quer ser mal visto aos olhos de outras pessoas. Não querer ser mal visto é um custo como qualquer outro, que pode ser compensado por benefícios, ao contrário da razão moral.

⁵³ RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Nova Iorque. Oxford University Press, 2002. p. 35-48.

alternativa. A pergunta a ser respondida é: o quão menos atraente se tornará essa alternativa com o aumento das penas? Se o grau de sofrimento causado pela prisão é um desincentivo no âmbito prático, e não no âmbito moral, então nada em relação a este último, com exceção da ressalva já apresentada, poderá ser esclarecedor.

Iniciarei este Capítulo abordando as razões práticas mais comuns que envolvem a atividade criminal, contextualizando-as à realidade brasileira. Em seguida, tentarei expor qual seria o valor esperado da pena como um desincentivo através de um viés ortodoxo, já salientadas algumas importantes contribuições que a análise econômica do crime trouxe para além do senso comum no que tange à severidade das sanções. Por fim, relatarei um conjunto de pesquisas empíricas sobre a relação entre variações de penas e taxa de criminalidade, a fim de verificar se os resultados observados são compatíveis com a respectiva expectativa ortodoxa.

3.1 Pena e Vantagem do Crime: as variáveis óbvias

O custo, ou razão desfavorável, mais óbvio de um crime é a sua respectiva pena. Uma pena pressupõe sofrimento, ou, no mínimo, algo bastante desagradável. Nesse molde, poderíamos pensar em uma infinidade de penas diferentes; aquelas que estão previstas no nosso ordenamento jurídico são: multa, restrição de direitos e privação de liberdade⁵⁴. A protagonista deste trabalho, no entanto, será a pena privativa de liberdade, ou pena de prisão. Não poderia ser diferente, afinal é principalmente a essa espécie de pena que a opinião pública se refere ao clamar por mais severidade no tratamento dos crimes. Quando a insegurança pública é relacionada às penas, certamente não se imagina a solução se originando de uma elevação no valor das multas - até porque aquilo que é punível apenas com multa são condutas menos graves, como injúria simples, por exemplo, que pouco ou nada atraem a indignação popular. Os delitos frequentemente relacionados com segurança pública - como roubo e homicídio - já são punidos com privação de liberdade. Logo, penas mais severas só podem significar períodos mais longos de prisão ou algo pior. É claro que alguns mais exaltados ainda clamariam por pena de morte; não irei ignorá-la. Acredito que as conclusões a serem retiradas desta análise, apesar de mirar especialmente na pena de prisão, serão aplicáveis a qualquer espécie de pena.

Que a privação de liberdade é algo desagradável, ninguém poderia discordar. O problema é que, para que a pena cumpra seu papel de desincentivo, não basta que seja

⁵⁴ Conforme disposto no artigo 32 do Código Penal (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

desagradável; é necessário que o agente, que cogita praticar um crime, assim a considere. Para que a pena seja eficaz em termos de prevenção do delito, o agente deverá sopesá-la como uma razão contrária, superando eventuais benefícios decorrentes do delito e, conseqüentemente, fazendo-o desistir da ação ilícita. Isso de fato ocorre? Alguns cétricos seriam categóricos em negar. Maria Lúcia Karam, por exemplo, chega ao extremo de afirmar que a ameaça da pena nunca preveniu crimes⁵⁵. Não posso concordar com Karam; é evidente que, em alguma medida, a pena obtém sucesso em prevenir crimes.

Uma prova disso foi o aumento brusco no número de homicídios, entre outros crimes, durante as greves de policiais ocorridas no Espírito Santo, em 2017, e na Bahia, em 2015. Greve da polícia é, em outras palavras, certeza (ou quase) de impunidade. O Espírito Santo chegou a registrar 40 homicídios em um único dia durante a greve, contra uma média de 4 por dia no mês anterior⁵⁶. Na Bahia, o aumento foi similarmente grande⁵⁷. Essas informações não podem ser ignoradas; a pena cumpre, sim, uma função preventiva. Poder-se-ia criticar a pena dizendo que previne pouco ou que o sofrimento causado é excessivo e nada poderia justificá-lo, mas não se pode negar que a prevenção ocorre em alguma medida. Negar isso seria endereçar o problema de forma errada. Dada como certa a função preventiva da pena, resta saber se torná-la mais severa também a tornará mais eficiente.

Falar de aumento necessariamente pressupõe um conhecimento acerca do ponto de referência. Um exemplo dessa importância é que acreditamos que o problema da educação no país poderia ser resolvido com melhores salários para os professores tão somente porque sabemos que eles recebem pouco; essa mesma crença não se manteria caso eles já recebessem salários milionários; nesse caso, eventual problema na educação demandaria uma solução diferente. Da mesma forma, não acreditamos que nossos deputados e senadores estejam fazendo um péssimo trabalho porque recebem pouco; isso talvez seria cogitável se suas remunerações girassem perto de um salário mínimo, mas sabe-se que não é o caso. Ou seja, conhecer o ponto de referência é essencial para que se pense em soluções. O caso das penas não é diferente: só faz sentido falar em aumento se conhecermos o quão severas as penas já

⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia, "**Privação da Liberdade**: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena". Escritos sobre a Liberdade - Vol. 7. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

⁵⁶ DO CARMO, Sidney Gonçalves. Com PM em greve, ES tem aumento de violência e pede ajuda do Exército. **Folha de São Paulo**, 06 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1856179-com_pm-em-greve-es-tem-aumento-de-violencia-e-pede-ajuda-do-exercito.shtml>. Acesso em 23 de setembro de 2017.

⁵⁷ UOL. Greve de policiais termina com aumento de 156% de mortes na região metropolitana de Salvador. **Uol Notícias**, 12 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/12/greve-de-policiais-termina-com-aumento-de-156-de-mortes-na-regiao-metropolitana-de-salvador.htm>>. Acesso em 23 de setembro de 2017.

são atualmente.

No Brasil, o sofrimento causado pela pena de prisão é especialmente intenso. Muito além de uma privação de liberdade, os estabelecimentos prisionais em geral estão em péssimo estado de conservação, superlotados e com precárias condições de higiene. Isso, inclusive, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer que o sistema carcerário brasileiro configura um “estado inconstitucional de coisas”⁵⁸. Uma boa ilustração aproximada do cenário pode ser encontrada nas palavras de Drauzio Varella: *Ambiente lúgubre, infestado de sarna, muquirana e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite, ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta*⁵⁹. Além disso, a conhecida ausência de controle nesses estabelecimentos também implica uma política interna de resolução de conflitos através de violência: agressões, assassinatos e até mesmo chacinas não são incomuns nos presídios. Ou seja, prender alguém no Brasil não é apenas retirar dessa pessoa a sua liberdade; é também expô-la ao risco de contrair doenças letais, ao risco de ser assassinada por qualquer tipo de desentendimento, entre várias outras situações extremamente dolorosas. Tornar a pena ainda pior será a solução para a segurança pública?

Com esse nível de sofrimento causado pela pena, eventuais benefícios da prática do crime soam discretos. Que benefícios são esses? Em se tratando de crimes patrimoniais, como furto, roubo e tráfico de drogas, a relação é óbvia: o benefício é a própria vantagem monetária que caracteriza o delito. Para outros crimes, como o homicídio, a relação é mais complexa. Poder-se-ia dizer que a satisfação do agente ao cometer um homicídio é um benefício da mesma forma que a vantagem monetária é em relação aos crimes patrimoniais? Essa comparação é pouco plausível. Os crimes são muito diversos entre si para que se possa assumir que tudo gira em torno de dinheiro. Por outro lado, a ausência de uma métrica similar de vantagens torna confusa a análise de custos e benefícios e, conseqüentemente, da eficiência da pena como desincentivo. Esse impasse precisa ser resolvido.

Quando se fala em segurança pública, não é a qualquer crime que se refere. As pessoas julgam o país como inseguro porque têm medo de serem roubadas, de serem sequestradas, de serem mortas em um assalto. Não é o medo dos crimes cometidos sem nenhuma vantagem material que mais preocupa - como, por exemplo, aqueles praticados no calor de uma discussão em uma briga de bar, ou por um namorado violento movido por um ciúmes

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: **ADPF 347 MC/DF**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10300665>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

⁵⁹ VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 24.

machista. Não estou dizendo que esses crimes não geram revolta popular, estou dizendo apenas que ninguém deixa de sair na rua de noite com medo de ser alvo aleatório de uma agressão cujo fim está em si mesma⁶⁰. O foco do discurso que clama por segurança são os crimes patrimoniais e é apenas com esses que me preocuparei aqui. Não estaria eu, assim, excluindo muito do objeto da análise? Afinal, crimes não-patrimoniais também são um problema e devem ser prevenidos.

Quando considero crimes patrimoniais, não estou restringindo tanto a análise quanto pode parecer à primeira vista. Grande parte dos homicídios, hoje em dia, está relacionada ao tráfico de drogas⁶¹, tendo como autores traficantes e como vítimas usuários inadimplentes e traficantes rivais. Tais homicídios, ainda que neles o agente não obtenha uma vantagem monetária direta através da consumação do delito, são praticados com o objetivo de manter e promover uma fonte de lucro - comércio ilícito de drogas; em outras palavras, são crimes patrimoniais ainda que indiretamente e, portanto, também serão considerados nesta análise. Nessa perspectiva, essa base de análise - crimes patrimoniais - é suficiente para abarcar boa parte, se não a maior parte, dos crimes envolvendo violência ou ameaça praticados no país.

É claro, ainda restam os crimes integralmente dissociados de patrimônio, sem nenhuma relação, direta ou indireta, com vantagens monetárias. Ainda que não se possa negar que esses delitos são também um problema social, há uma boa razão para excluí-los da análise: a extensão da pena pouco pode fazer para preveni-los. Afirmo isso porque boa parte dessas condutas são praticadas de forma impulsiva, sem deliberação entre razões contrárias e favoráveis⁶². Relatos como “eu não estava pensando direito” ou “subiu a adrenalina e deu

⁶⁰ Há, porém, uma exceção essencial: crimes sexuais são enormes agressões que, apesar de praticadas sem objetivo de lucro, representam especial temor à segurança das mulheres. Analisar esse tipo de conduta, no entanto, exigiria uma profunda investigação específica acerca do que poderia ser considerada a sua vantagem. Seria uma questão de busca por orgasmo? Seria uma questão de poder físico sobre outra pessoa? Talvez uma mistura complexa de ambos. Opto por não abordar crimes sexuais expressamente por entender que minha pesquisa não foi satisfatória para permitir explorar esse delicado terreno com a devida minuciosidade. Por outro lado, encorajo aqueles que dominam o assunto a avaliar até que ponto o raciocínio desenvolvido na monografia é pertinente a esse espécie de delito.

⁶¹ SENASP. **Diagnóstico dos Homicídios no Brasil**: Subsídios para o Pacto Nacional pela Redução de Homicídios. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELATORIO-HOMICIDIOS-210x297mm-MJ-1.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

⁶² Não se pode descartar ainda que uma pena suficientemente severa seja capaz de incentivar o agente a adotar uma postura cuidadosa, apta a impedi-lo de chegar a esse ponto de descontrole e, assim, prevenir crimes. Nesse caso, contudo, não se trata de um conduta impulsiva, mas sim de um conduta motivada por custos e benefícios. A pena buscaria incentivar a cautela e, portanto, superar o conforto caracterizado pela ausência dela, o que seria a (indireta) vantagem relacionada ao crime. Tal vantagem é discreta; até um período de poucos dias em privação de liberdade já seriam mais onerosos do que eventual esforço acautelatório, de modo que uma pena maior não iria modificar essa ordem de prioridade já estabelecida. As pessoas não deixam de tomar esse cuidado pensando que as consequências disso são brandas. Da mesma forma, ninguém deixa de usar cinto de segurança acreditando que morrer em um acidente não é tão grave assim. A escolha pela ausência de cautela não está ligada à baixa

um branco” parecem ser comuns entre agentes que cometeram essas espécies de crimes⁶⁴. Na ausência de uma reflexão acerca dos custos e benefícios - situação que caracteriza a conduta impulsiva -, há pouca esperança de que um aumento de penas possa ser levado em conta no momento a ponto de fazer o agente desistir do crime. Acreditar que alguém descontrolado, tomado por um sentimento de ódio, irá parar para se perguntar sobre a quantidade de anos de prisão previstos na legislação como consequência da conduta que está prestes a cometer é uma fantasia que merece ser descartada de plano.

Compreendida (simplificadamente) a pena como um custo e assumida a vantagem pecuniária como um benefício, ambas atreladas ao crime, a perspectiva do crime como uma alternativa começa a ser desvendada. Ressalvo, porém, que essas duas variáveis ainda não são suficientes. Não é minha pretensão querer abarcar aqui todo e qualquer fator capaz de incentivar ou desincentivar a prática de um crime, afinal, a realidade é complexa demais para ter todos os seus detalhes revelados. Por outro lado, não se pode resumir a questão criminal a prisão e dinheiro e esperar que isso seja uma boa aproximação. Abordarei outras duas variáveis no próximo capítulo. Por enquanto, seguirei nas próximas seções com o objetivo de elucidar melhor as especificidades que envolvem a punição, que, afinal, é a protagonista desta monografia.

3.2 Pena Incerta: a taxa de impunidade

Imagine a seguinte loteria: se vencer, o participante ganha mil reais; se perder, paga dez mil reais. Ela parece atraente? A única resposta plausível para essa pergunta é: depende. Se o custo é incerto, o fato de ser superior ao benefício não é suficiente para que se faça uma avaliação da alternativa. Se as chances de ganhar e perder forem iguais, certamente a referida loteria não seria uma boa opção. Mas e se as chances de perder forem ínfimas e as de ganhar forem enormes? Mesmo com o custo da perda sendo maior que o benefício da vitória, creio que a loteria não pareceria uma má opção aos olhos da maioria se sua participação envolvesse 99% de chance de ganhar e apenas 1% de chance de perder.

Um dos problemas do discurso político que clama pelo aumento de penas parece ser o

severidade da consequência negativa; está ligada à sua respectiva incerteza e à profunda crença otimista de que ela não vai se concretizar. Abordarei ambos esses problemas no trabalho: a incerteza da pena será exposta na próxima seção, enquanto a análise acerca do otimismo se encontra na seção 4.4.

⁶³ Crime sexuais não estão incluídos nesta afirmação. Pelo contrário, minha intuição me leva a crer que esses delitos envolvem, sim, uma deliberação de custos e benefícios. Evito ir além nesse assunto, conforme expus na nota 60.

⁶⁴ STEELE, Rachel. How Offenders Make Decisions: Evidence of Rationality. **British Journal of Community Justice**. 2016. p. 7-20.

de ignorar essa informação: a pena é incerta. Ao se considerar o crime como uma loteria, onde há uma determinada chance de obter os benefícios e evitar a pena de prisão, a severidade da pena não irá determinar, sozinha, o controle da taxa de criminalidade. Quanto menor a probabilidade de que uma conduta delitiva seja punida, menos a severidade da pena será efetivamente convertida em intensidade de desincentivo. A probabilidade de punição é, no mínimo, tão importante quanto a severidade da pena para um cálculo de custo do crime. Mas isso não é observado no sentimento público: muito se fala sobre o aumento das penas, mas nem tanto sobre mecanismos de investigação e táticas de policiamento.

Não se trata apenas de falha de administração pública: seria impossível viver em um mundo onde todos os crimes fossem punidos. Isso porque a punição não é automática; a pena só se concretiza após uma série de filtros, que servem para evitar que incida sobre pessoas inocentes. A extinção de tais filtros não é uma solução cogitável; se por um lado isso possibilitaria que mais crimes fossem punidos, ao mesmo tempo isso também tornaria qualquer pessoa sujeita a punições indevidas. Na ausência de um controle, pessoas mal intencionadas teriam o poder de causar a prisão de outras com a simples comunicação falsa de um crime. Os filtros, portanto, são necessários e é natural que não sejam perfeitos⁶⁵: iniciando na comunicação do crime à autoridade policial, passando pela investigação e pelo processo criminal, é inevitável que existam alguns erros nesse procedimento: alguns crimes passarão impunes assim como alguns inocentes serão condenados. Mesmo se desconsiderássemos as garantias processuais - odiadas pela opinião pública -, ainda restaria espaço para crimes não serem punidos. A vítima, por trauma ou desesperança, por exemplo, pode optar por não comunicar o fato a ninguém; a Polícia, por sua vez, pode não descobrir quem foi o autor do crime através da investigação. Até mesmo os países mais desenvolvidos do mundo passam longe de conseguir esclarecer todos os delitos que ocorrem em seus territórios⁶⁶.

Se a extinção completa da impunidade já parece um sonho inalcançável em qualquer lugar do mundo, o problema de incerteza da pena é especialmente grave no Brasil. Em 2012, o Ministério Público lançou uma campanha nacional (Meta 2) para que fossem concluídos todos os inquéritos policiais (investigações) de homicídios iniciados até 2007. Dos milhares de inquéritos que foram objetos de análise, apenas 19,22% resultaram em denúncia (início do

⁶⁵ A persecução penal é um exemplo clássico de justiça procedimental imperfeita. Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**: Revised edition. Cambridge. Harvard University Press, 1999. p. 74-75.

⁶⁶ BROTTSFÖREBYGGANDE. **The clearance rate in Sweden and other countries**. Suécia: The Swedish National Council for Crime Prevention, 2015. Disponível em: <https://www.bra.se/download/18.366ea42214d6cb5d9d4635ad/1433939412790/2015_The+clearance+rate+in+Sweden+and+other+countries.pdf>. Acesso em 29 de maio de /2018.

processo criminal)⁶⁷. Esse número tende a ser mais baixo ainda se considerarmos também a quantidade de crimes que são comunicados às autoridades policiais (boletins de ocorrência) e sequer chegam a virar inquérito. Um extenso estudo empírico publicado em 2010, que teve como objeto de pesquisa cerca de 344 mil boletins de ocorrência registrados em São Paulo entre os anos de 1994 e 1997, observou que somente 5,5% dessas ocorrências foram convertidas em inquéritos; considerados os crimes de roubo isoladamente, foram 4,9%; os crimes de homicídio, 60,1%⁶⁸.

Mesmo com essa taxa de conversão relativamente alta de boletins de ocorrência de homicídios em inquéritos, essas investigações pouco são convertidas em denúncias, conforme registrado pelo primeiro estudo (19,22%). Analisados os dados em conjunto, o resultado parece desanimador: seriam pouco mais de 10% das ocorrências de homicídio sendo convertidas em denúncias. Levando em conta ainda que alguns homicídios nem mesmo chegam ao conhecimento das autoridades policiais - corpos escondidos e não encontrados, por exemplo -, bem como que algumas denúncias resultam em absolvições, a taxa estimada de impunidade nessa conjectura ultrapassaria 90% dos delitos.

É claro, isso é apenas uma conjectura. Os dois estudos referidos não abrangeram o mesmo local nem o mesmo período do Brasil, logo não se pode obter um resultado adequado multiplicando seus resultados. Além disso, por mais que ambas as pesquisas tenham uma amostra bastante abrangente, é necessário ter em mente que o número de crimes que ocorrem no país é imensamente maior, de modo que a margem de erro dos resultados é significativa. Infelizmente, o país não possui um banco de dados centralizado e atualizado para permitir alguma conclusão suficientemente precisa nesse aspecto para os dias de hoje. Apesar disso, os dados aqui apresentados não podem ser descartados como inúteis. Se por um lado é razoável acreditar que um estudo empírico mais atualizado e mais abrangente levaria a um resultado diferente, as informações disponíveis não deixam de ser indícios válidos no sentido de que a taxa de impunidade no país é alta. Não apenas incerta como em qualquer lugar do mundo, a pena no Brasil é bastante improvável e esse é um problema que a severidade da pena não irá alterar.

⁶⁷ CNMP. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2** : um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília : Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

⁶⁸ ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. São Paulo, v. 3, n. 7, 2010. p. 51-84.

3.3 O Valor Esperado da Pena

No século dezoito, Jeremy Bentham escreveu o seguinte: “Para que o valor da punição ultrapasse aquele do lucro do crime, é preciso aumentá-la, em termos de magnitude, na proporção de sua incerteza”⁶⁹. Em outras palavras, a intensidade da pena como um desincentivo é uma combinação entre sua severidade e sua probabilidade de aplicação, os quais (severidade e probabilidade), multiplicados, devem superar o lucro do crime para que este seja prevenido. Isso soa como um argumento contrário ao que foi afirmado acima: se a incerteza da pena for passível de ser compensada por uma grande severidade, a incerteza deixa de ser um problema. A opinião pública estaria, então, correta? O aumento de penas é uma boa solução para reduzir a taxa de criminalidade? Não.

Esse cálculo envolvendo o lucro do delito, a severidade da pena e sua probabilidade, entre outras variáveis, tendo em vista a prevenção, ficou conhecido como análise econômica do crime. Os primeiros a mencionar a relação entre essas variáveis foram Jeremy Bentham e Cesare Beccaria⁷⁰ no século dezoito. Essa ideia de cálculo só foi retomada quase duzentos anos depois, com Gary Becker chamando a atenção do mundo ao retratar o crime como uma importante atividade econômica. O artigo de Becker gerou fervor no meio acadêmico e foi sucedido por uma vasta produção literária sobre o tema, tendo Richard Posner como um dos principais expoentes dessa corrente de pensamento.

Para explicar a matriz da análise econômica, retomarei as loterias. Considere uma loteria de 50% de chance de ganho de 100 reais e 50% de chance de perda de 50 reais. Uma pessoa que participe dessa loteria diversas vezes, tende a ganhar e perder um número igual de vezes, de modo que o lucro esperado dessa loteria será de 25 reais por cada participação ($50\% \times 100 - 50\% \times 50$). Nesse caso, tendo em vista que a loteria gera lucro, um agente racional irá escolher participar dela. Percebendo-se o crime como uma atividade de risco que mira o lucro, o custo da atividade deve ser alto o suficiente para que a atividade pressuponha prejuízo esperado para o agente, o qual, nesse contexto, não iria escolher praticá-la.

Como se pode observar nesse modelo, dois fatores podem aumentar o prejuízo esperado do agente: o valor da perda e a probabilidade da perda. No caso do crime, o custo esperado

⁶⁹ Tradução livre do trecho “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.” BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press. 1907. p. 119. Disponível em: <<http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Bentham/principlesofMoralsAndLegislation.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

⁷⁰ Beccaria, contudo, deixou evidente sua preferência pela certeza da pena em detrimento de sua severidade, afirmando que aquela era o principal fator para fins de prevenção. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 74-75.

seria, então, calculado a partir da severidade da pena e da probabilidade de sua aplicação, podendo uma maior severidade compensar uma menor probabilidade. Uma multa de 1000 reais com probabilidade de aplicação de 20% geraria o mesmo custo esperado que uma multa de 400 reais, com probabilidade de aplicação de 50%. Da mesma forma, uma pena de prisão de 05 anos com 20% de probabilidade de condenação, geraria o mesmo custo esperado do que uma pena de 10 anos com probabilidade de 10% de condenação.

Não apenas o aumento das penas iria compensar a baixa probabilidade de condenação em termos de desincentivo; isso, inclusive, seria benéfico para a sociedade. Aumentar a severidade pena em detrimento do número de condenações, além de manter o grau de desincentivo, teria a vantagem de reduzir os gastos públicos com persecução penal. Isso porque uma menor probabilidade significa que menos pessoas seriam investigadas, processadas e punidas, reduzindo custos de policiamento, defensores, promotores, juízes, etc. Reduzir a taxa de criminalidade e ainda aliviar o orçamento seria o sonho de qualquer sociedade, que poderia ser alcançado com a elevação das penas ao máximo e com a redução das chances de condenação ao mínimo. O problema é que as coisas não são tão simples assim.

O raciocínio acima foi exposto apenas para fins didáticos. Os próprios expoentes da análise econômica do crime discordariam dessa ideia simplista. Becker e Posner reconhecem que a severidade e a probabilidade da pena não são variáveis independentes; elas tendem a exercer influência uma na outra. No júri, por exemplo, penas muito altas tendem a gerar mais absolvições, pois a pena pareceria desproporcional ao caso concreto nos olhos dos jurados⁷¹. Os jurados se sentiriam inclinados a perceber a condenação como injusta nesse contexto, pois dificilmente concordariam com esse raciocínio pragmático amplo, no sentido de puni-lo intensamente pelo simples fato de que a chance de condenação era pequena⁷². Eu arriscaria a dizer que fora da competência do júri esse efeito também existe: as condições degradantes dos presídios brasileiros fazem com que a pena pareça injusta na percepção de alguns agentes processuais, que acabam se dedicando mais para alcançar o resultado absolutório do que se dedicariam se a sanção não pressupusesse tanto sofrimento. Nesse contexto, o aumento das penas não iria compensar a baixa probabilidade de condenação, pois teria o custo de reduzi-la ainda mais. Em outras palavras, a quantidade de crime dependeria da severidade e da

⁷¹ BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. **Jornal of Political Economy**, 76. Chicago: University of Chicago Press, 1968. p. 184; POSNER, Richard A.. An economic theory of the criminal law. **Columbia law review**, v. 85, n. 6, p. 1213, 1985.

⁷² Um forte indício de que a pena não é socialmente aceita quando sua função preventiva está dissociada de sua função retributiva. É esta última função, e não a primeira, que permite declarar injusta uma pena desproporcional. Tratei melhor dessa ideia do Capítulo 1, seção 1.2, “Pena e Retribuição”.

probabilidade da pena (e de outros fatores), mas, ao mesmo tempo, a probabilidade dependeria da severidade. Assim, um aumento na severidade **teria** influência negativa na probabilidade de condenação, e, dependendo do grau dessa influência, poderia até diminuir o valor esperado da pena e aumentar quantidade de crimes. Cito aqui uma interessante passagem de Beccaria para ilustrar esse raciocínio:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. 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 impunidade⁷³

Além dessa influência negativa na probabilidade de condenação, um aumento de pena pode ser pouco eficiente porque está submetida à *utilidade marginal decrescente*⁷⁴. Conforme exposto no capítulo anterior, essa regra de comportamento pressupõe que as pessoas tendem a valorizar cada unidade de um determinado bem (ou mal) em uma escala decrescente: quanto maior a quantidade de um bem, menor será o valor de uma unidade adicional desse bem. Isso serve para coisas que desejamos, como dinheiro e comida, e também para coisas que não desejamos, como o sofrimento. Colocar as mãos em água fervendo por dois segundos seria horrível para qualquer pessoa; certamente muitos estariam dispostos a pagar uma alta quantia em dinheiro se isso fosse condição necessária para reduzir esse tempo de dois segundos para um segundo. Por outro lado, em se tratando de colocar as mãos em água fervendo por um minuto, esse mesmo período de tempo de “um segundo” não seria valorizado da mesma forma; as pessoas poderiam até estar dispostas a pagar alguma quantia em dinheiro para reduzir o tempo para 59 segundos, mas essa quantia seria muito menor do que na condição anterior, quando a mesma redução representava a metade do tempo total de exposição ao sofrimento.

A pena funciona nesses mesmos termos. Um aumento de 01 ano sobre uma pena de 01 ano de prisão não terá o mesmo efeito em uma pena de 10 anos; é provável que alguém que esteja disposto a correr o risco de sofrer 10 anos de prisão também esteja disposto a correr o risco de 11 anos de prisão, mas não é tão provável que alguém que esteja disposto a correr o risco de 01 ano de pena esteja também disposto a assumir o risco de uma pena de 02 anos, que é o dobro. Para uma melhor compreensão, suponha que o desincentivo de cada unidade adicional de tempo decresça na mesma proporção da porcentagem que essa unidade

⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 74-75.

⁷⁴ Esse fator foi reconhecido por Posner. POSNER, Richard A.. An economic theory of the criminal law. *Columbia law review*, v. 85, n. 6, p. 1213-1214, 1985.

representa sobre a pena original⁷⁵: de 10 anos para 11 anos, o aumento foi de apenas 10%, enquanto que de 01 ano para 02 anos, o aumento foi de 100%. Sucessivamente, de 02 anos para 03 anos, a variação seria de 50%; de 03 anos para 04 anos, 33,3%. de 04 anos para 05 anos, 25%, e assim por diante. Nessa linha, para que a variação no desincentivo se desse na mesma proporção, aumentando-se a pena de 01 anos de prisão para 02 anos, a pena de 10 anos deveria passar a ser de 20 anos.

Quanto mais longa for a pena, menor será a utilidade, como intensidade de desincentivo, de uma unidade adicional de tempo de pena. Isso pode soar como um problema fácil de resolver. A solução seria aumentar mais, alguém pensaria; se alguns anos a mais não forem suficiente, uma dezena de anos de aumento, como no caso de 10 anos para 20 anos, poderia compensar a utilidade marginal decrescente. Esse raciocínio é errado, porque a utilidade marginal decrescente não seria compensada. Se por um lado um aumento enorme das penas aumentaria o grau de desincentivo para a prática de crimes, por outro lado cada unidade a mais de pena continuaria sujeita à utilidade marginal decrescente, fazendo com que o investimento em penas se torne cada vez mais prejudicial à sociedade. O argumento será melhor explicado a seguir.

Suponha que o custo médio mensal por cada pessoa presa no Brasil seja de 2.400 reais⁷⁶. Manter alguém preso por um mês, no Brasil, custaria 2.400 reais; por um ano, custaria 28.800 reais; isso, para cada uma das centenas de milhares de pessoas que estão presas, ultrapassaria 01 bilhão de reais. Esse custo será o mesmo, independentemente de o aumento se dar sobre uma pena de 02 anos ou sobre uma pena de 20 anos. Manter uma pessoa presa por 01 ano a mais, seja de 02 anos para 03 anos ou de 20 anos para 21 anos, onera os cofres públicos na mesma proporção⁷⁷. Os custos de vigilância, alimentação, assistência médica, etc, serão semelhantes nos dois casos. O custo aumenta na mesma enorme proporção, mas a intensidade do desincentivo, conforme já exposto, não. Levando em conta que o dinheiro público é limitado, o custo que poderia justificar uma redução de, por exemplo, metade da

⁷⁵ Utilizo a porcentagem de aumento para explicar a utilidade marginal decrescente apenas como um artifício didático. Na verdade, se a taxa de desconto fosse dessa forma, ela não seria marginalmente decrescente. Para dobrar o desincentivo inerente a uma pena, seria necessário crescer mais do que a mesma quantidade de anos já previstos, porque, do contrário, a primeira metade teria o mesmo peso em termos de desincentivo do que a segunda metade - e isso não é decrescente. Em outras palavras, a taxa de desconto é ainda maior do que a representada em termos de porcentagem.

⁷⁶ Após extensa pesquisa, não obtive sucesso em encontrar uma fonte confiável para apresentar esses valores como verdadeiros. Vários veículos de informação - bem como a Ministra Cármen Lúcia, em participação no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual - já mencionaram tais valores sem, contudo, citar a fonte que garantiria sua veracidade.

⁷⁷ O custo irá variar por influência de uma série de fatores, como a remuneração dos agentes penitenciários em cada unidade federativa, por exemplo.

taxa de criminalidade não é o mesmo que justificaria uma redução de apenas 5%. É desse modo que a utilidade marginal decrescente e o alto custo da prisão são indícios contrários ao aumento da severidade das penas, que já são bastante severas.

Não seria razoável concordar que centenas de milhões, ou até bilhões, de reais fossem gastos apenas para atingir uma redução pequena⁷⁸ na taxa de criminalidade, ainda mais havendo setores nos quais investimentos poderiam trazer benefícios muito maiores em termos de segurança pública com custos menores. Um aumento no número de policiais nas ruas, por exemplo, que aumentaria o desincentivo para a prática de crimes através da probabilidade de punição, seria muito menos custoso aos cofres públicos do que manter centenas de milhares de pessoas presas por mais tempo. Havendo outros investimentos capazes de trazer maiores retornos em termos de segurança pública, prolongar períodos de privação de liberdade é um prejuízo não apenas em desfavor daqueles que estão submetidos ao cárcere, mas também à sociedade como um todo.

A análise econômica do crime foi capaz de explicar com clareza alguns dos motivos pelos quais um aumento da severidade das penas não resulta, proporcionalmente, em uma redução da taxa de criminalidade como seria esperado pela opinião popular: primeiro, porque penas muito severas tendem a reduzir a probabilidade de condenação das pessoas acusadas, e segundo, porque o valor de cada unidade adicional de pena, em termos de desincentivo, é decrescente. Essa corrente de pensamento, contudo, não ofereceu explicações suficientes. Estudos empíricos já obtiveram resultados indicando que a relação entre o aumento de penas e a redução da taxa de criminalidade é tão baixa que os motivos apresentados nesta seção, sozinhos, não são capazes de explicar de forma satisfatória⁷⁹.

3.4 O Valor Observado da Pena

Hipóteses teóricas podem ser bastante esclarecedoras para explicar fenômenos sociais,

⁷⁸ Qual seria o percentual de redução de criminalidade que tornaria justificável determinado gasto público? Se o custo da prisão aumenta de forma proporcional ao tempo da pena, ao passo que o benefício decorrente desse investimento é decrescente, o ideal para a sociedade seria estabelecer as penas no ponto exato onde o benefício compensasse os custos. Esse ponto seria ideal, porque mais investimento geraria prejuízo e menos investimento representaria um benefício não obtido. Na economia, esse ponto é chamado *ótimo de pareto* e é bastante utilizado como diretriz política. Um dos objetivos deste trabalho, apesar de não ser apresentado nessa linguagem, é o de apresentar indícios no sentido de que esse ponto ótimo não será alcançado por um aumento de penas; pelo contrário, um aumento nos distanciaria desse ponto.

⁷⁹ Uma das explicações preferidas dos economistas nesse sentido é afirmar que algumas pessoas têm inclinação ao risco, de modo que aceitam participar de loterias mesmo quando o prejuízo esperado é alto. Essas pessoas dariam valor para o risco em si mesmo, como alguém que aposta por gostar da emoção de apostar. Isso está longe de ser uma explicação satisfatória em termos de crimes (e também em várias outras áreas). Alguns economistas ainda se negam a perceber o óbvio: com poucas exceções, presumir que seres humanos são perfeitamente racionais não é uma boa matriz formal para fins de explicar ou prever comportamentos.

mas estudos empíricos são indispensáveis para verificar a credibilidade de tais hipóteses. Os resultados desses estudos podem ser surpreendentes, ainda mais em se tratando de questões complexas como a criminalidade. A ideia de que o aumento da severidade das penas produz redução da taxa de criminalidade é uma dessas hipóteses teóricas que precisa ser testada. A opinião pública e em boa medida também os teóricos da análise econômica do crime acreditam que essa hipótese está correta. Os defensores mais fanáticos dessa ideia pensam que o aumento das penas será a salvação para os problemas de segurança pública. Os defensores mais razoáveis já entendem as limitações da utilidade marginal decrescente das penas, mas ainda confiam que uma maior severidade pode trazer reduções significativas no número de delitos. Será? Vamos aos fatos.

Antes, uma ressalva importante: os dados que serão apresentados a seguir são dos Estados Unidos e isso é justificado. Apesar de ser um país com diversas variáveis históricas, culturais e econômicas que o diferem do Brasil, creio que os resultados obtidos lá poderão servir para testar aqui a hipótese que interessa ao trabalho. Afinal, a tese de que penas mais severas reduzem a criminalidade está baseada no pressuposto de racionalidade humana, porque custos não são levados em conta em atitudes impulsivas. Quanto mais favorável for o contexto para que uma pessoa aja racionalmente, mais essa pessoa tenderá a ser influenciada por um aumento dos custos de uma conduta. Parto do pressuposto de que, no Brasil, por ser um país onde há mais pobreza e mais desigualdade, o contexto é menos favorável do que nos Estados Unidos para a ação racional. Seria plausível cogitar que um aumento de penas que fosse eficiente lá pudesse não ser eficiente aqui, mas há poucas razões para acreditar no contrário, ou seja, que uma mudança de severidade que não fosse eficiente lá pudesse ser assim aqui.

Além disso, os Estados Unidos é um dos melhores lugares do mundo, senão o melhor, para estudar empiricamente os efeitos da legislação penal. Lá, cada unidade federativa tem liberdade para instituir sua própria legislação penal, o que permite a comparação de diferentes graus de severidade de penas no mesmo período de tempo, em comunidades de semelhantes circunstâncias culturais e econômicas. No Brasil, ao contrário, os Estados não possuem a mesma autonomia legislativa, de forma que as penas são uniformes em âmbito nacional e as variações de severidade só podem ser observadas em circunstâncias temporais e econômicas bastante diferentes. Claro, nenhuma dessas justificativas faria sentido se o país contasse com uma produção acadêmica ampla e detalhada sobre esse tema, dando conta de isolar a variável da severidade em uma grande amostra, apta a trazer resultados confiáveis; nada seria capaz de garantir maior precisão. Infelizmente, esse tipo de estudo é, salvo engano, inexistente no

Brasil. Trabalharei, portanto, com o melhor que há disponível.

Em meados dos anos 90, alguns Estados nos EUA adotaram uma legislação criminal que ficou conhecida como “Three Strikes Law”⁸⁰. Essa legislação determina basicamente o seguinte: registros de condenação por crimes considerados graves, como homicídio, estupro ou roubo, são sopesados intensamente em desfavor do condenado em caso de reincidência; sendo a segunda condenação, aplica-se um aumento grande da pena normal; sendo a terceira condenação, a pena é de 25 anos no mínimo até prisão perpétua. Esse aumento enorme das penas, que foi adotado por alguns Estados e por outros não, criou o ambiente perfeito para o estudo do efeito preventivo da sanção, dando origem a uma extensa literatura sobre esse tema.

A Califórnia, onde a legislação foi adotada com mais intensidade, registrou redução da taxa de criminalidade no ano seguinte ao início da vigência da lei, de 1994 a 1995. Muitos atribuíram essa redução ao aumento das penas. Um estudo, no entanto, logo mostrou que essa conclusão era equivocada. Primeiro, porque a Califórnia já vinha registrando recuos na criminalidade nos anos anteriores, quando previa penas menores. E segundo, o que é mais importante, Estados que não haviam adotado essa lei registraram recuos em crimes violentos maiores (4,6%) do que os que haviam adotado a “Three Strikes Law” (1,7%), em média, no primeiro ano de vigência da lei⁸¹. Embora esse período curto de um ano possa parecer frágil para atestar a eficácia do aumento das penas, é justamente nesse momento em que seria mais provável esperar um efeito dissuasório de mudanças legislativas, devido à ampla difusão da nova lei nos meios de comunicação⁸².

Nos anos seguintes, a efetiva aplicação das penas maiores não trouxe resultados em termos de prevenção. Se a aplicação de penas mais severas contribuísse para a prevenção de crimes, seria correto esperar que, nos locais onde fosse registrado um maior número de condenações nos termos da “Three Strikes Law”, fosse também constatado algum padrão indicando uma redução de crimes maior do que nos locais onde a legislação é pouco aplicada. Mas essa hipótese não foi confirmada. Um estudo simples comparou dados de diferentes Condados da Califórnia, que aplicaram as penas mais severas com frequências bastante diferentes. Os Condados variavam desde 300 até 13 condenados nos termos da “Three Strikes

⁸⁰ A expressão “Three Strikes” ou “three strikes and you are out” é uma referência à regra do baseball, na qual o rebatedor é eliminado após três arremessos válidos sem conseguir rebater a bola. No caso da legislação criminal, os “strikes” são crimes e a eliminação, após o terceiro, é a prisão perpétua.

⁸¹ SCHIRALDI, Vincent; AMBROSIO, Tara-Jen. **Striking Out: The Crime Control Impact of " Three-Strikes" Laws**. Justice Policy Institute, 1997.

⁸² DOOB, Anthony N.; WEBSTER, Cheryl Marie. Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis. **Crime and justice**, v. 30, p. 176, 2003.

Law”, para cada 1000 condenados, em cumprimento de pena em 2010⁸³; mesmo assim, não foi possível observar qualquer relação entre uma aplicação mais frequente de penas mais severas e uma maior redução na taxa de crimes^{84, 85}.

Alguns pesquisadores chegaram a afirmar terem comprovado a hipótese aqui discutida. Em uma comparação entre um grupo de indivíduos liberados da prisão com um “strike” e outro grupo de indivíduos liberados com dois “strikes”, Helland e Tabarrok concluíram que este último grupo apresenta de 17 a 20% menos chances de serem presos novamente⁸⁶. Um dos problemas desse estudo é que o número de prisões pode não corresponder proporcionalmente ao número de crimes; indivíduos com dois “strikes” podem ter suas chances de prisões reduzidas não pela redução dos crimes, mas por uma maior cautela em planos de fuga ou em apagar eventuais evidências de seus atos ilícitos. Outro problema é que o estudo, na melhor das chances, mede tão somente a prevenção marginal, e não a prevenção total⁸⁷. Em outras palavras, ainda que se possa medir que indivíduos com dois “strikes” tem menos chances de praticar crimes, nada garante que os crimes foram efetivamente reduzidos pela lei: a redução no número de delitos por parte desses indivíduos pode estar sendo compensada ou até superada por um aumento em relação aos indivíduos com zero ou um “strike”. Por fim, o estudo não faz nenhuma diferenciação entre espécies de crimes, o que significa que o número de prisões pode ser o resultado de uma diminuição de crimes menos graves e de um aumento, em menor quantidade, de crimes mais graves. Isso é bem possível de acontecer, tendo em vista que alguém com risco de sofrer uma pena de 25 anos à prisão perpétua possivelmente estará disposto a qualquer coisa para evitar ser descoberto, inclusive

⁸³ Considerando que desde a vigência da lei até 2010 passaram-se 16 anos, bem como levando em conta a magnitude das penas previstas nessa legislação, é plausível pensar que os dados referidos acerca da população prisional de 2010 seja uma boa aproximação da frequência total de condenações pela “Three Strikes Law” nos respectivos Condados.

⁸⁴ MALES, Mike; **Striking Out: California’s “Three Strikes and You’re Out” Law Has Not Reduced Violent Crime**. A 2011 Update. Center On Juvenile And Criminal Justice, 2011.

⁸⁵ A frequência de aplicação da legislação poderia estar simplesmente relacionada à taxa de crimes violentos em cada Condado, caso em que a comparação feita pelo estudo não poderia ser usada como indício da ineficácia da “Three Strikes Law”. Tomei o cuidado de descartar essa hipótese. San Francisco, por exemplo, apresenta uma das maiores taxa de crimes violentos a cada 1000 habitantes e, ao mesmo tempo, foi o que menos aplicou a referida lei e também o que registrou uma das maiores reduções na taxa de criminalidade. Esses e outros dados podem ser conferidos em <https://openjustice.doj.ca.gov/crime-statistics/crimes-clearances>

⁸⁶ No escopo da comparação que pretende fazer, o estudo é metodologicamente bem controlado, com grande amostra e diversos cuidados para o isolamento da variável a ser medida. HELLAND, Eric; TABARROK, Alexander. Does three strikes deter? A nonparametric estimation. **Journal of Human Resources**, v. 42, n. 2, p. 309-330, 2007.

⁸⁷ Essa limitação foi reconhecida pelos próprios autores do estudo citado na nota anterior, mas não como uma fraqueza. Os autores referiram que a prevenção geral poderia ser maior, sob o argumento de que a nova legislação poderia prevenir indivíduos de sequer iniciar carreiras criminosas. Os estudos aqui analisados não dão base para esse tipo de otimismo; pelo contrário, o desencorajam..

matar testemunhas.

Em uma pesquisa feita em 188 cidades dos Estados Unidos, das quais 110 estavam sob a “Three Strikes Law” e as demais não, comparando dados de 1980 a 2000, Kovandzic, Sloan e Vieratus não encontraram efeito preventivo passível de ser associado à nova legislação: para diversas espécies de crimes, tanto reduções significativas como aumentos significativos foram observados em um número quase igual de Estados, a indicar que a variação na taxa de crimes se deu por outros fatores que não o aumento de penas. A única espécie de crime para a qual os resultados não aparentaram aleatoriedade foi o homicídio: 8 Estados que adotaram a “Three Strikes Law” registraram um aumento significativo no número de homicídio, enquanto apenas 1 registrou uma diminuição significativa⁸⁸. Esse resultado é consistente com a conjectura referida acima, no sentido de que o risco de uma pena muito alta pode incentivar medidas extremas para apagar evidências, como o assassinato de testemunhas, e, conseqüentemente, levar a um aumento no número de homicídios.

Um dos estudos mais otimistas sobre a hipótese preventiva de penas mais severas é, ainda assim, desanimador. Elsa Chen analisou dados de todos os Estados americanos entre os anos de 1986 a 2005 e concluiu que a adoção da “Three Strikes Law” está associada a uma redução modestamente maior em crimes de roubo e furto: 3% maior para roubo e 1,1% maior para furto, para cada ano de vigência da lei⁸⁹. Por outro lado, o estudo também constatou um efeito inverso em relação ao número de homicídios: redução 12,9% *menor* nos Estados que adotaram a lei. Mesmo assumindo a credibilidade desse resultado, que vai parcialmente na contramão de outros estudos, poderíamos concluir pela confirmação da hipótese? Se o aumento das penas levou a uma diminuição de determinados crimes e, ao mesmo tempo, a um aumento de outros, não é plausível atribuir a essa legislação um efeito preventivo; isso seria traçar a conclusão de forma seletiva. Além disso, se o interesse da população não é apenas reduzir o número geral de crimes, mas melhorar a segurança pública, precisamos valorar de forma diferente cada espécie de crime. Quantos crimes de roubo e furto devem ser reduzidos para compensar cada homicídio? Uma política pública que reduz crimes patrimoniais ao custo de vidas - além de ser duvidosa para confirmar a hipótese preventiva - não soa atraente em termos de segurança pública.

No Brasil, apesar da escassa ou até inexistente literatura sobre o tema, algumas

⁸⁸ KOVANDZIC, Tomislav V.; SLOAN, John J.; VIERAITIS, Lynne M. “Striking out” as crime reduction policy: The impact of “three strikes” laws on crime rates in US cities. **Justice Quarterly**, v. 21, n. 2, p. 207-239, 2004.

⁸⁹ CHEN, Elsa Y. Impacts of “three strikes and you're out” on crime trends in California and throughout the United States. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, v. 24, n. 4, 2008. p. 345-370.

observações interessantes são possíveis. Em 1990, foi promulgada no Brasil a Lei 8.072/90, mais conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Antes dessa lei, qualquer pessoa condenada era obrigada a cumprir apenas $\frac{1}{6}$ da pena em regime fechado, para então progredir para o regime semiaberto; a Lei dos Crimes Hediondos extinguiu a possibilidade de progressão regime para alguns delitos como homicídio, latrocínio e tráfico de drogas. Em outras palavras, o tempo de pena em regime fechado, para os crimes classificados como hediondos, aumentou em seis vezes após 1990 - um aumento bastante intenso em termos de severidade. Não há dados dessa época para comparar números, mas fato é que não há notícias de que o país tenha vivido algum declínio significativo da criminalidade nesse período. A obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado foi declarada inconstitucional em 2006 e, na mesma linha, não foi possível associar variações na taxa de criminalidade com esse abrandamento na severidade das penas. Tais observações, longe de apresentarem o valor científico de um experimento rigorosamente controlado, servem apenas para reforçar a desconfiança levantada pelos estudos já produzidos sobre o tema acerca da hipótese de que penas mais altas previnem mais crimes.

Nesta seção, não pretendi apresentar e revisar toda a literatura empírica sobre a matéria, mas apenas ilustrar que a hipótese, aparentemente óbvia, de que penas mais severas reduzem a criminalidade, não se confirma - ou se confirma, na melhor das hipóteses, em níveis insignificantes. É claro, a questão ainda permanece controversa e um debate responsável deve estar atento às revisões bastante completas e minuciosas sobre essa extensa literatura⁹⁰, bem como aos inúmeros estudos que continuam sendo produzidos nos dias atuais. Por enquanto, concordarei com Anthony Doob e Cheryl Webster quando afirmam que, dada a robusta quantidade de estudos e a ausência de confirmação substancial do efeito preventivo de penas mais altas, o efeito deve ser assumido como inexistente até que se prove o contrário.

Mas como pode essa ideia quase irresistível estar errada? Penas mais severas deveriam desincentivar a prática de crimes. O que pode estar errado com o senso comum nesse aspecto? O que a teoria econômica ortodoxa está deixando de observar? No próximo Capítulo, tenho a intenção de apresentar a questão criminal um pouco mais próxima de sua devida complexidade e responder a essas perguntas.

⁹⁰ Duas grandes revisões me foram bastante iluminadoras: uma de Daniel Nagin, e outra de Anthony Doob e Cheryl Webster. NAGIN, Daniel S. Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century. **Crime and justice**, v. 23, p. 1-42, 1998.; DOOB, Anthony N.; WEBSTER, Cheryl Marie. Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis. **Crime and justice**, v. 30, 2003. p. 143-195.

4. A INEFICIÊNCIA DO AUMENTO DE PENAS

Na contramão do que a maioria da população pensa, a questão criminal é um problema bastante complexo e que não pode ser resolvido apenas com penas mais altas. Observe o que seria necessário para um aumento de pena prevenir um crime. Primeiro, a pessoa que tivesse a intenção de cometer o crime precisaria ter conhecimento desse aumento. Segundo, ela deveria ser capaz de pensar nesse aumento no período entre o surgimento da intenção até antes da execução do crime. E terceiro, na perspectiva do agente, o custo esperado da pena teria que superar o benefício esperado do crime. Se qualquer um desses requisitos não for cumprido, o incremento de severidade da pena não terá o efeito pretendido.

O não-preenchimento desses dois primeiros requisitos são muito comuns. O agente com frequência não sabe a quantidade de pena prevista para o crime que pretende cometer. Ele sabe que é um crime e que, se for descoberto, ele irá preso por isso, mas não sabe exatamente quanto tempo. Ele sabe que a pena prevista para furto é menor do que a pena prevista para homicídio, mas dificilmente saberia precisar diferenças entre aumentos e diminuições de penas que não fossem, assim, abismais. No mesmo sentido, há uma boa probabilidade de o agente sequer chegar a pensar nas consequências legais do delito antes de praticá-lo. Como já foi mencionado anteriormente, boa parte dos crimes são cometidos de forma impulsiva, e não em termos de custos e benefícios, de modo que o agente, ainda que saiba a pena prevista para aquele crime, age ignorando os custos, sejam eles maiores ou menores. Nesses dois casos, penas mais altas não reduzirão a criminalidade. Isso, por si só, já serviriam para reduzir enormemente as expectativas do senso comum.

Feitas essas ressalvas, prosseguirei, no entanto, assumindo que os dois primeiros requisitos estão cumpridos - o agente tem conhecimento da alteração legislativa e ele age racionalmente, de acordo com suas próprias preferências, na hora de escolher cometer o crime. A questão a ser respondida agora é: uma alteração na severidade da pena fará o agente preferir obedecer a lei? O crime como uma alternativa deixará de parecer tão atraente se o tempo de prisão for mais longo? Os indícios a serem apresentados apontam que a resposta, adiantado, é negativa.

4.1 Violência Extraoficial e Status: as variáveis ocultas

O primeiro erro grosseiro da teoria econômica ortodoxa e do senso comum sobre a questão criminal é tratar a vantagem do crime e a quantidade da pena como as únicas variáveis relevantes no processo de escolha do agente. Talvez eu esteja sendo injusto com a

economia ortodoxa afirmando isso. A teoria admite que existem outras variáveis relevantes, só não relevantes o suficiente para serem colocadas em seu modelo simplificado. Na minha visão, o erro assim definido é igualmente grosseiro. É claro que aproximações simplificadas são úteis e até necessárias, afinal, estimar a realidade em toda a sua complexidade pode ser uma tarefa impossível. Por outro lado, qualquer modelo que se pretenda representativo da questão criminal deve levar em conta pelo menos mais duas variáveis de enorme relevância: a violência extraoficial e a busca por *status*.

4.1.1 Violência Extraoficial

A pena de prisão não é a única razão contrária à prática de crimes. A atividade criminosa não envolve apenas um risco contra a liberdade do agente, mas também contra a sua vida. Se imaginarmos o crime como uma profissão que objetiva o lucro, certamente teríamos que concluir que seria a profissão mais perigosa dentre todas as outras. Tratar a prisão como único custo do crime significa ignorar essa realidade óbvia e supervalorizar o papel da pena em termos preventivos. Explicarei melhor esse ponto logo após contextualizar o cenário de violência do país.

Se por um lado é de conhecimento notório que o número de homicídios no Brasil cresceu durante os últimos anos, pouco se ouve falar sobre o contexto em que a imensa maior parte deles ocorre. Parece que a população em geral presume que todos estão sendo igualmente afetados pelo aumento da violência, independentemente do estilo de vida ou da classe social. A presunção é equivocada: os homicídios estão predominantemente concentrados na população pobre, especialmente relacionados ao tráfico de drogas. A violência praticada nas ruas também é um custo do crime.

Um indício nesse sentido é que, segundo o Atlas da Violência 2017, a alarmante informação de que os homicídios no país aumentaram 10% entre 2005 e 2015 é resultado de uma média entre fatores desiguais: entre a população branca, a taxa de homicídios, na verdade, diminuiu 12,2% nesse mesmo período, enquanto entre a população negra os homicídios aumentaram 18,2%.⁹¹ Os responsáveis por esse estudo citam o tráfico de drogas para explicar parcialmente esse crescimento da violência: a violência letal é o principal instrumento de organização do comércio ilícito de drogas, sendo utilizada na disputa por pontos de venda, na coação de usuários devedores e na punição de ex-parceiros que desistem

⁹¹ CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2017**. Brasília: IPEA, 2017. p. 31. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/8623-170602atlasdaviolencia2017.pdf>> Acesso em: 05 de novembro de 2017.

da empreitada⁹². Na verdade, qualquer comércio ilícito depende da violência em alguma medida: no mercado ilegal não há o Direito Civil para a cobrança de clientes nem normas para garantir a justa concorrência. Sendo o tráfico um enorme mercado ilícito, onde conflitos são resolvido com violência, é inevitável que haja um risco significativo de morte para os envolvidos.

Um recente estudo feito em parceria entre o veículo de notícias G1 e o Núcleo de Estudos de Violência da USP também aponta no mesmo sentido⁹³. Com uma amostra de 1195 mortes, todas ocorridas no Brasil na semana do dia 21 ao dia 27 de agosto de 2017, jornalistas expuseram, dentre outros fatos, que a maior parte dos óbitos violentos compartilham a característica de execução: pessoas que matam de forma deliberada, como instrumento de resolução de problemas, e não de forma impulsiva. Novamente aqui, as causas dos assassinatos se repetem: pessoas envolvidas com o crime matando outras também envolvidas, seja para cobrar dívidas de drogas, seja para evitar serem mortas pela vítima antes.

O desincentivo fica ainda maior quando se considera a violência e as mortes causadas por policiais. Utilizada como instrumento para a obtenção de informações ou apenas como forma de manifestação de poder, as agressões físicas e psicológicas praticadas por policiais contra suspeitos de crimes são de conhecimento notório, sendo sua ocorrência admitida tanto por parte de policiais (com menos frequência) quanto por parte de autodeclaradas vítimas (com mais frequência)⁹⁴. Em relação às mortes, há dados seguros indicando que o número de homicídios causados por intervenção policial no Brasil em 2016 (4.222) foi alto e até ultrapassou o número de óbitos por latrocínio (2.666)⁹⁵.

E se esses números não forem assustadores o suficientes para impressionar, vale notar que há fortes indícios no sentido de que os números oficiais estão muito aquém de representar a realidade em se tratando de violência policial. Em uma pesquisa intitulada “Policinando a Polícia”, foi constatado que, na Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul, durante os anos de 1999 e 2004, não houve indiciamento em 71,6% das denúncias recebidas

⁹² Idem.. p. 20.

⁹³ SAMPAIO, Athos; REIS, Thiago *et al.* Monitor da Violência: Uma semana de Mortes violentas no Brasil. **Portal de Notícias G1**, 25 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2017/uma-semama-de-mortes-violentas-no-brasil>> Acesso em: 05 de novembro de 2017.

⁹⁴ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 213-237.

⁹⁵ LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira *et al.* **11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/11o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>> Acesso em: 08 de novembro de 2017.

no período⁹⁶. Analisando essas denúncias e percebendo a arbitrariedade das decisões, o autor da pesquisa, ex-policial, concluiu que os casos indicavam a existência de uma indevida desresponsabilização dos agentes públicos por parte do delegado corregedor (corporativismo). Sem pretender diminuir a importância do trabalho dos policiais, é certo que as agressões e mortes praticadas por eles de fato ocorrem e muitas vezes não são registradas nas estatísticas. Afinal, aqueles que têm a competência para investigar também são os que têm maior facilidade para esconder as provas de seus atos. Se os números oficiais de violência policial já são altos, deve-se ter em mente que os números reais são ainda maiores.

Para se ter um nível de comparação, ainda que pouco preciso, acerca do quão arriscada é a atividade criminosa, tomemos como exemplo a profissão de policial militar. A profissão, que é tratada como de grande risco, apresentou uma taxa de mortalidade em 2016 em torno de 0,1%. Isto é, o número de policiais que morreu no Brasil em 2016 representava em torno de 0,1% do efetivo total desses profissionais⁹⁷. Essa taxa de mortalidade já é bastante alta e uma análise intuitiva leva a crer que a atividade criminosa é ainda mais perigosa. Como já foi informado acima, o número oficial (subnoticiado) de mortes causadas por policiais em 2016 foi de 4.222, cerca de 10 vezes maior do que o número de policiais mortos. Se assumirmos que os agentes policiais mataram, predominantemente, pessoas envolvidas com crimes, isso já indica o alto risco da atividade⁹⁸. Além disso, esse número é certamente uma parcela minoritária dos óbitos entre agentes delitivos, especialmente em relação ao tráfico de drogas, onde sabe-se que a maior parte das mortes não é causada por policiais, e sim por confrontos entre facções e por cobranças de dívidas. Em resumo, ainda que não se possa ter uma noção precisa, fato é que o crime pressupõe que o agente coloque em risco sua própria vida em um grau elevado - muito mais elevado do que a imensa maior parte da população está disposta a suportar.

Mas qual é a relevância dessas informações para a análise da eficiência da pena em prol

⁹⁶ MARIMON, Saulo Bueno. **Policiando a polícia**: a corregedoria-geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p 133-140. Tive conhecimento sobre a pesquisa a partir da leitura de GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 215.

⁹⁷ Calculei usando o número de policiais mortos em 2016, entre civis e militares - 453, segundo o 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública - e dividindo pelo total do efetivo de policiais militares, que gira em torno de 430 mil agentes.

⁹⁸ Importante notar que o efetivo de policiais no país é, provavelmente, menor do que o número de pessoas que cometeram crimes com objetivo de lucro (que são os crimes sob análise no trabalho) em 2016. Por isso, o fato de a polícia ter matado 10 vezes mais do que o número de policiais mortos não é suficiente para afirmar que a mortalidade na atividade criminal é maior nessa mesma proporção. Ainda assim, o dado apresentado é um indício da maior periculosidade da prática delitiva, tendo em vista que o número de pessoas que cometem essa espécie de crimes anualmente (quantidade de crimes com subtração do número de reincidências) está longe de representar 10 vezes o efetivo policial.

da segurança pública? É simples. Quando a pena é colocada como único custo do crime, ou único custo de grande monta, estima-se que a variação da pena terá uma influência indevidamente alta em termos de desincentivo. Quando, por outro lado, divide-se corretamente o desincentivo total entre uma soma de pena e violência, fica claro que a variação da severidade da pena terá uma influência muito menor. Por exemplo, vamos imaginar que a intensidade total do desincentivo relacionado ao crime pode ser representado pelo número 100, que é composto pela pena e por outras variáveis. Uma estimativa hipotética A ignora a importância da variável violência e estabelece que a pena representa 80 do total de desincentivo. Nesse caso, se dobrarmos o total de desincentivo da pena⁹⁹, teremos um desincentivo total de 180, o que representa um aumento de 80% no desincentivo.

A: Pena = 80; Outras = 20; Desincentivo total = 100

A: 2 x Pena = 160; Outras = 20; Desincentivo total = 180

Outra estimativa hipotética B, ao contrário, prevê que as pessoas em geral tem pelo menos tanto medo do risco da pena quanto do risco da morte relacionados à atividade criminal e estabelece que a pena representa 40 e a violência também 40 do total de desincentivo. Nesse caso, a mesma exata medida de aumento de penas da estimativa A, com o mesmo custo de dinheiro público, representa um aumento de apenas 40% no total de desincentivo. Ou seja, na estimativa B, a eficiência esperada do aumento de penas é muito menor:

B: Pena = 40; Violência = 40; Outras = 20; Desincentivo total = 100

B: 2 x Pena = 80; Violência = 40 Outras = 20; Desincentivo total = 140

Os valores apresentados não necessariamente refletem a realidade. É razoável estimar que a violência representa um desincentivo, em média, tão intenso quanto às penas? É difícil afirmar. Por um lado, a probabilidade de condenação é mais alta do que a probabilidade de morrer na atividade criminal; por outro, a morte é muito mais intensamente valorada do que a perda da liberdade. Precisaríamos de um extenso banco de dados para começar a estimar esses fatores com precisão e isso, infelizmente, está fora do meu alcance (e do alcance de qualquer outra pessoa). Na seção 4.3, porém, pretendo expor como a tendência humana de preferir o presente em detrimento do futuro influencia para intensificar o papel da violência, que é imediato, e enfraquecer a ameaça da pena, que é incerta e distante no tempo. Por enquanto, basta entendermos que o instinto humano de sobrevivência é importante e, apesar de existir uma ampla margem de erro para fim de estimar a parcela exata que a violência representa no

⁹⁹ Deve ser lembrado que, pela regra da utilidade marginal decrescente, dobrar o tempo das penas não significa dobrar o grau de desincentivo. Para dobrar o grau de desincentivo das penas, é necessário um aumento ainda maior. Ver nota 75

custo do crime, está fora dessa margem atribuir a ela um papel pouco relevante.

Apresentei essas estimativas hipotéticas apenas para ilustrar o raciocínio: quando consideramos a variável violência e quanto maior a importância dela como um desincentivo, menor será a influência esperada da severidade da pena em termos de redução da criminalidade. Se o único custo do crime fosse o risco da pena, poder-se-ia esperar controlar taxas de criminalidade alterando a duração das penas com mais otimismo; acredito que essa seja, de fato, a expectativa da maior parte da população (e dos economistas). Mas quando entendemos que o risco da violência também desempenha um papel significativo como custo do crime, o resultado de um aumento de penas será bastante decepcionante para quem espera advir daí uma melhora na segurança pública.

Com essa concentração da violência tendo como alvo pessoas envolvidas com atividades ilícitas, é de causar surpresa como essa variável tem passado despercebida em tantas análises de custo-benefício do crime, frequentemente limitadas à dualidade pena-lucro. Especialmente no Brasil, os delitos patrimoniais pressupõem a submissão do agente a um alto risco de agressão e de morte, que deve ser levado em conta como um desincentivo à prática delitiva. Sob uma perspectiva, um país violento nesses termos poderia, de forma macabra, enxergar nessa violência um instrumento de auxílio para a redução da criminalidade. O problema é que uma alta taxa de criminalidade em um país violento é um péssimo sinal para quem espera encontrar no aumento de penas uma solução. Em um país violento, a missão é mais difícil: não se trata apenas de fazer com que o custo da pena supere o benefício da vantagem monetária do crime, mas de fazer com que a pena faça uma pessoa desistir de praticar uma conduta pela qual, o contexto já indica, está disposta a arriscar a própria vida. As expectativas sobre a eficiência de um aumento de penas em prol da segurança pública devem ser diminuídas.

4.1.2 Status social

Assim como a pena não é a única razão contrária à prática delitiva, a vantagem monetária não é a única razão favorável. A atividade delitiva, além de dinheiro, é buscada também por conferir *status* ao agente. Entendo por *status* uma certa posição social desejável por ser alvo de admiração generalizada na comunidade em que se insere o agente. Na sociedade em geral, os cargos de juiz e médico são exemplos de ofícios que carregam esse *status*. Os motivos para a admiração a essas e outras posições são conhecidos: além de serem bem remunerados, são cargos de difícil acesso para a imensa maior parte da população. No caso da criminalidade, motivos bastante similares a tornam alvo de apreço. No contexto social

onde se insere o agente, onde a pobreza é a regra, as poucas pessoas que tem coragem para correr os riscos da atividade ilícita ganham destaque. Isso não pode ser ignorado na escolha.

Diretamente ligada ao *status* adquirível através do crime está a cultura da ostentação. Tendo ganhado conhecimento notório em âmbito nacional principalmente através da música, a ideia é que o poder e o respeito são conquistados através de artigos de luxo, roupas da moda e violência. A questão não é ter dinheiro; é mostrar o quanto se tem. A relação da ostentação com o crime e especialmente com o tráfico de drogas é tão forte que essa espécie de atração generalizada por luxos é também conhecida como *narcocultura*. Essa cultura, fortemente presente nos países latino-americanos, é marcada por uma ânsia de reconhecimento: vale tudo para chamar atenção, sair da invisibilidade marginal da pobreza e se fazer enxergar pelas pessoas ao redor¹⁰⁰.

A rápida ascensão proporcionada pelo crime surge aí como talvez o único instrumento disponível para alcançar essa posição de admiração. Se por um lado um cargo lícito de destaque, como o de médico, é praticamente inacessível a determinadas camadas da população, a visibilidade trazida pelo crime está disponível para qualquer um que esteja disposto a correr os riscos; em outras palavras, para qualquer um cuja ambição seja maior do que a aversão ao risco de morrer ou de ser preso. A letra da música “Vida do Crime” de Mc Baratinha¹⁰¹ pode resumir bem a ideia exposta até aqui:

“Vida do crime, luxo e poder, carro dinheiro e roupa de marca, muita mulher, muito conforto, rouba a cena onde passa, na balada camarote, varias gatas e bebida, vários whisky e redbull, pode pá o moleque é zica, ele é considerado no morro e no asfalto, tem moral no Rio de Janeiro, na baixada e em São Paulo, o moleque que era pobre na favela humilhado, hoje ele é bandido, verdadeiro empresário”.

Mas se o *status*, nesse contexto, está associado ao dinheiro e este já foi apresentado como uma razão favorável ao crime, faria sentido apresentar o *status* e o dinheiro como duas variáveis distintas? Ainda que seja certo que a vantagem monetária do crime se confunda com o desejo pelo reconhecimento em boa medida, é importante destacar as diferenças dessas razões. Igualar a ambição por destaque social a poder de consumo seria reduzir, equivocadamente, a força persuasiva dessa primeira razão. Um fato que realça a independência dessas variáveis foi descrito por Carl Hart, neurocientista que cresceu em um bairro pobre nos Estados Unidos. Em seu livro, que mistura pesquisa científica com autobiografia, o autor relata que vários jovens de sua comunidade optavam por comercializar

¹⁰⁰ “Pero la narco.estética no es mal gusto, es otra estética. La más común entre las comunidades deposedas que se asoman a la modernidad y solo han encontrado en el dinero la posibilidad de existir en el mundo;” RINCÓN, Omar. Narco.estética y narco.cultura en Narco.lombia. **Nueva Sociedad**, v. 222, 2009. p. 147-163.

¹⁰¹ A música, bem como a ideia de expô-la como artifício didático foi retirada de BRAGANÇA, Mauricio de. Imagens de ostentação nas narconarrativas: consumo e cultura popular. **Rumores**, v. 9, n. 17, 2015. p. 147-163.

drogas mesmo quando não teriam dificuldades de obter um emprego lícito igualmente rentável¹⁰². Nos Estados Unidos, afinal, o salário mínimo é bem mais alto do que aqui e chega a mais ou menos o mesmo valor do lucro da maioria das pessoas envolvidas com o tráfico (iniciantes). Se tudo se resumisse a poder de compra - capacidade de ostentar bens materiais -, não haveria explicação para que alguém optasse pelo crime nesse contexto, pois o lucro seria o mesmo e a única diferença seria a desvantagem dos riscos de morte e de prisão.

Esse exemplo demonstra que o desejo por *status* vai além dos bens materiais. O respeito e a admiração são conquistados não só com dinheiro, mas também com a ousadia de desafiar as regras do sistema, como o controle rígido de horário e a submissão à autoridade de pessoas que não compartilham os mesmo valores culturais do agente. Adquirir dinheiro rapidamente é uma variável importante; outra, também importante, é adquirir esse dinheiro de uma forma que poucos tem a coragem para fazer igual - destemor esse que conquista a admiração de amigos e mulheres na comunidade. No Brasil, tendo em vista que existe um abismo entre o salário mínimo e o lucro adquirível através do crime, essa diferença é mais difícil de notar, mas isso não significa que ela não existe. Também aqui, há notícias de jovens que declaram que a principal razão para o envolvimento com delitos é a visibilidade: dos cinco adolescentes entrevistados por Luciana Ferreira Silva, quatro declararam essa motivação¹⁰³. A pesquisadora registrou, dentre outras, a seguinte declaração: “Quando eu tava roubando era bom, porque eu conhecia todo mundo, todo mundo falava que eu roubava, assim eu me sentia o maioral.”.

A busca por *status*, principalmente na camada mais pobre da sociedade, onde as oportunidades de obter reconhecimento são escassas, tornam a hipótese preventiva de penas mais severas ainda menos provável. Para o crime ser prevenido, não praticá-lo deve ser visto como a melhor alternativa. Inevitavelmente, porém, também existem pessoas ambiciosas em meio à pobreza e, para estas, o valor do destaque social acessível através do ilícito é alto demais para ser contido através de ameaças.

4.2 Oportunidades e Aversão a Perdas

Vimos que o custo total do crime envolve pelo menos duas variáveis de grande relevância: a violência e a pena. Abstratamente considerado, esse custo é extremamente

¹⁰² HART, Carl. **Um Preço Muito Alto**: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Trad Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 185

¹⁰³ SILVA, Luciana Ferreira. **Crime, ostentação e afetividade**: um estudo psicossocial sobre o adolescente em conflito com a Lei. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17069>. Acesso em: 25 de março de 2018.

elevado. O que poderia levar alguém a se colocar em risco de perder a própria liberdade por anos (provavelmente em ambiente insalubre) e até mesmo de perder a própria vida? Se a atividade criminosa fizesse as pessoas milionárias, isso até seria mais compreensível, mas não é o caso. A quantidade de pessoas que ganham vultosas quantias de dinheiro praticando crimes é ínfima (líderes de facções criminosas, por exemplo); a imensa maioria (pequenos e médios furtos e roubos, integrantes de baixa hierarquia de facções) passa longe de grandes riquezas. Na perspectiva do cidadão de classe média, suportar tamanho custo em troca desse pequeno lucro esperado soaria loucura. Deve haver uma explicação para isso. A resposta gira em torno da falta de oportunidades e da aversão a perdas em um contexto de desigualdade.

A explicação mais óbvia, muitas vezes esquecida, está no perfil do agente que é tipicamente atingido por esses custos. Não faz sentido esperar que um aumento generalizado de penas vá atingir pessoas ricas e bem instruídas. Por que não? Simplesmente porque essas pessoas quase nunca são presas. Basta olharmos para as prisões brasileiras: 91% das pessoas presas não chegou a concluir o ensino médio e 67% não concluiu sequer o ensino fundamental^{104, 105}. Nesse contexto, é razoável estimar que a renda lícita passível de ser obtida por esse perfil de agente delitivo gira em torno do salário mínimo. Em resumo, para que o crime seja prevenido, os custos devem superar os benefícios não na perspectiva do cidadão de classe média, mas sim na perspectiva do cidadão de baixa renda e de baixa instrução.

A aferição dos custos e benefícios do crime são muito diferentes para o agente típico e para o cidadão de classe média porque essa mesma ação representa, para cada um deles, diferentes custos de oportunidade. Lembre que o custo de oportunidade, é dado pelo valor das alternativas das quais se abre mão com o ato de escolha. Em termos monetários, o custo de oportunidade de um produto é dado pelos outros bens que poderiam ser adquiridos pelo mesmo valor. Ou seja, não é apenas o preço do bem adquirido que determina o seu custo de oportunidade; é também a disponibilidade e o preço dos outros bens que são oferecidos pelo mercado. Um serviço de internet banda larga oferecido pela quantia de meio salário mínimo por mês soa bastante oneroso e terá um custo de oportunidade enorme em um mercado

¹⁰⁴ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização Junho de 2016. Brasília: DEPEN, 2017. p. 33-34. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

¹⁰⁵ Para uma base de comparação, estima-se que, em relação a população brasileira total com mais de 25 anos de idade, 55% não concluiu o ensino médio e 42% não concluiu o ensino fundamental. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio contínua** - educação 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://servicodados.ibge.gov.br/Download/Download.ashx?http=1&u=biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

competitivo onde serviços similares são oferecidos a um preço menor. Mas esse mesmo serviço, por esse mesmo preço exorbitante, terá um custo de oportunidade bem diferente se ele representar um monopólio: sem opções similares com preço menor, o consumidor com meio salário mínimo em mãos terá que escolher entre gastar todo esse dinheiro em internet ou não ter internet de forma alguma.

Agora imagine as alternativas de cidadão de classe média como um mercado competitivo e as alternativas do agente típico como um mercado monopolizado. A classe média pode escolher uma ampla gama de profissões para exercer licitamente, dentre elas muitas com salários várias vezes maior do que o mínimo. Isso é suficiente para garantir moradia salubre, comida e diversos tipo de lazer. Por outro lado, o agente típico não tem essas mesmas alternativas em seu mercado. Com baixa instrução, seu mercado é como um monopólio: sem opções lícitas de remuneração para além do salário mínimo, o nível de conforto da classe média é oferecido apenas àqueles dispostos a pagar o custo do crime. Para alguém que pode escolher entre inúmeros cursos superiores e funções de alta remuneração, o custo do crime não é nada atraente. Por outro lado, para alguém cuja única alternativa de trabalho lícito corresponde a atividades mal remuneradas, o custo do crime não será assim descartado tão facilmente. Para muitas pessoas no Brasil, o crime é o único meio de obtenção de um grau considerado básico de bem-estar¹⁰⁶.

Talvez o que foi referido nesta seção até aqui soe um tanto quanto óbvio para alguns. O argumento mais interessante começa agora. Para além desse alto benefício e baixo custo que o crime pressupõe para pessoas mais pobres diante de suas escassas oportunidades, essa prática se torna ainda mais difícil de ser resistida por um outro motivo. Com frequência, os benefícios do delito para essas pessoas surgem não apenas como ganhos a serem obtidos, mas como perdas a serem evitadas. Explicarei melhor a seguir.

Pessoas de baixa renda, as quais têm mais dificuldades para resistir à tentação do crime, não estão aleatoriamente espalhadas pelo território nacional. É notório que há uma concentração de pobreza em determinados bairros e é nesses locais onde os frutos ilícitos de roubos, homicídios e tráfico de drogas tendem a ser exibidos de modo mais intenso. Para alguém que sobrevive apenas com um salário mínimo e vive isolado, em um ambiente onde ninguém possui fonte de renda ilícita, escolher não cometer crimes significa deixar de ganhar.

¹⁰⁶ Conforme estimativa do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos (DIEESE), o salário necessário para suprir as necessidades básicas de um trabalhador e de sua família é de cerca de R\$ 3.800,00. DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. **Metodologia da Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos**: janeiro de 2016. São Paulo: DIEESE, 2016. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologia_CestaBasica2016.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

Por outro lado, para alguém que passa as mesmas dificuldades, mas vive em um bairro onde pessoas ostentam a riqueza e o conforto provenientes do tráfico, a mesma escolha significa perder - e isso é muito mais difícil de resistir. Racionalmente, poderíamos afirmar que deixar de ganhar ou perder são a mesma coisa. Todavia, não é dessa forma que a mente humana funciona. Temos aversão a perdas e, nesse contexto, isso dificulta a prevenção de delitos.

Espero que a exposição sobre esse assunto, feita no Capítulo 2, possa ser lembrada. Em um dos experimentos que melhor ilustra nossa aversão a perdas, a mesma alternativa gerou resultados drasticamente diferentes ao ser apresentada em termos de “vidas salvas” e de “mortes”. Evitar uma morte é interpretado pela nossa mente como algo muito mais importante do que salvar uma vida, porque uma morte é uma perda, enquanto salvar uma vida é um ganho. O mesmo ocorre quando alguém coloca diante de nós algo que desperta nosso desejo, mas que, refletidamente, queremos evitar. O custo de uma alimentação não-saudável pode ser suficiente para que uma pessoa escolha preparar uma salada para o almoço, ao mesmo tempo que pode ser insuficiente para fazê-la recusar batatas fritas deliciosamente expostas em um restaurante. Quando a comida é exposta, o prazer do sabor vem à mente com mais vividez e deixar o restaurante sem comê-la é visto como um prejuízo. Assim também ocorre quando agentes delitivos ostentam suas riquezas para seus vizinhos de baixa renda.

Talvez uma analogia possa ser iluminadora. Assuma que uma pessoa enxerga a si mesma como estando localizada na superfície, consciente de que outros estão em montanhas mais elevadas. No entanto, ela visualiza várias pessoas que estavam com ela subindo facilmente até outro nível de altitude através de um elevador. Nessa situação, sua tentação em subir através do elevador passa a ser muito maior. Repare que não se trata de inveja: aquilo que levou outras pessoas a um nível acima também está disponível para ela nas exatas mesmas condições. A diferença está em sua mudança de perspectiva: ela passa a se enxergar em uma posição de desvantagem. Onde ela está não é mais a superfície; agora ela está em um buraco e o caminho para sair é o elevador. Ela sempre teve receio quanto a esse instrumento, mas agora parece diferente. A vontade de sair do buraco para a superfície é muito mais intensa do que a vontade de subir montanhas indefinidamente. É um simples, porém poderoso efeito de moldura.

Quando precisamos resistir a alguma tentação, fazemos um esforço mental. O problema é que nossa capacidade de realizar esse esforço é limitada. Assim como um músculo, nossa mente também entra em desgaste. Em um dos experimentos para testar essa hipótese, um grupo de pessoas foi submetido a duas tarefas diferentes que exigiam autocontrole, enquanto um segundo grupo foi submetido apenas a uma dessas tarefas; a

primeira tarefa consistia em comer radite ao invés de chocolate e a segunda tarefa envolvia um problema geométrico sem resposta¹⁰⁷. Apesar de tais atividades não apresentarem nenhuma relação aparente, as pessoas que executaram a primeira foram afetadas de modo significativo na execução da segunda: quem teve de resistir à tentação do chocolate desistiu, em média, duas vezes mais cedo no teste matemático do que aqueles que não passaram por essa tarefa anterior. Outros experimentos parecidos também confirmam essa hipótese¹⁰⁸. Dependemos de recursos mentais limitados para exercer autocontrole; quanto mais intensa é a tentação da qual precisamos nos abster, maior será a quantidade consumida desses recursos.

Uma moldura de perda torna a atividade delitiva mais difícil de ser resistida e gradualmente diminui a capacidade daqueles submetidos a esse contexto de recusar as facilidades imediatas proporcionadas pelo crime. Isso, é claro, não significa que ninguém seja capaz de resistir. Insistindo na analogia da mente como um músculo, algumas pessoas são naturalmente capazes de suportar pesos maiores e também de treinar essa resistência através da prática. O desgaste mental ou muscular é mais lento para aqueles que praticam esforços constantes. No entanto, uma ameaça de pena maior não contribui para facilitar esse processo. Em um cenário de pobreza e desigualdade, o que está sendo exposto constantemente é tão somente o luxo disponível ilicitamente, e não a possibilidade de prisão, nem muito menos a sua respectiva duração. Os que conseguem resistir são verdadeiros talentos na arte do autocontrole. Mas se o objetivo é prevenir crimes, não podemos esperar que pessoas sejam assim.

Um investimento muito mais promissor em termos de segurança pública seria a educação. Além de proporcionar mais oportunidades lícitas de renda e, conseqüentemente, aumentar o custo de oportunidade do delito, a educação seria o treinamento intelectual necessário para ajudar as pessoas a exercerem o autocontrole. Estudos já demonstraram que, quanto mais praticamos determinada atividade, nosso cérebro vai gradualmente aprendendo a executá-la com menos esforço, ativando um menor número de regiões¹⁰⁹. Considerando que, para dar o devido valor à pena como um custo, alguém precisa projetar a si mesmo no futuro com certa riqueza de detalhes, essa é uma atividade mental de grande complexidade e depende de treinamento. Para alguém que realiza esforços mentais constantes - através de

¹⁰⁷ BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D.; TICE, Dianne M. The strength model of self-control. **Current directions in psychological science**, v. 16, n. 6, 2007, p. 351-355.

¹⁰⁸ Para uma análise abrangente de tais experimentos, ver HAGGER, Martin S. *et al.* Ego depletion and the strength model of self-control: a meta-analysis. **Psychological bulletin**, v. 136, n. 4, 2010. p. 495-525.

¹⁰⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 48.

exercícios matemáticos básicos, por exemplo -, pensar nas consequências do crime, em abstrato, será muito mais fácil (ou menos difícil) e, assim, mais provável de influenciar no processo de decisão. A educação, ao treinar a capacidade cerebral de abstração das pessoas, tornaria a própria pena mais eficiente. Penas severas representam pouco ou nada para alguém exausto demais para acessá-las na imaginação. Com mais investimentos em educação, essa exaustão seria reduzida e até penas mais brandas poderiam ter um maior potencial preventivo.

4.3 Benefício imediato, custo futuro

Devemos retomar outro fator de influência na escolha humana exposto no Capítulo 2: preferência temporal é um conceito essencial para entendermos melhor a ineficiência de apostarmos em penas mais severas para melhorar a segurança pública. Tendemos a dar mais valor para o que ocorre no presente em detrimento do que ocorre no futuro. O lucro e o *status* adquiríveis através do crime são imediatos; a respectiva pena, além de incerta, só se concretiza após considerável período de tempo. Quanto maior o lapso temporal existente entre o presente e determinada recompensa ou punição, menor será a influência destas na escolha. Nesta seção pretendo sustentar que essa distância no Brasil é tão grande que, arrisco a dizer, faz a ameaça de prisão ser praticamente ignorada.

Relembre uma tática comum de venda: a empresa oferece um produto a determinado custo, ressaltando que o respectivo pagamento só precisa ser iniciado em alguns meses. O valor pago por esse produto, seja na hora da retirada, seja depois de meses, seria o mesmo (desconsiderada eventual inflação). Ainda assim, essa tática funciona; adiar o pagamento do custo é atraente aos olhos do consumidor. Sendo a pena um custo do crime, a mesma lógica se aplica. Na hipótese (improvável) de o agente considerar a severidade da pena antes de praticar o delito, ele certamente lembrará que esses anos de prisão só precisarão ser pagos no futuro; quanto mais distante de seu presente lhe parecer a concretização de tal sanção, menos oneroso será esse custo em sua perspectiva.

A preferência temporal está tão arraigada em nosso cotidiano que é impossível negar sua influência. Em um clássico exemplo de atitude que quase qualquer pessoa já tomou alguma vez na vida, postergamos trabalho em benefício de lazeres imediatos ainda que, com isso, o trabalho acabe sendo muito mais difícil e o tempo de lazer futuro reduzido. Afinal, esforço e privação de lazer são custos que, como quaisquer outros, desvalorizamos na proporção de sua distância temporal. O que podemos concluir, então, sobre a pena? Alguém que tem diante de si a oportunidade de obter conforto e admiração no presente será contido por uma possível futura privação de liberdade? Estudos reforçam a resposta que a nossa

intuição já reconhece. Em uma pesquisa feita com adolescentes infratores nos Estados Unidos, aqueles que declararam ter menos esperança sobre o próprio futuro ou sobre a própria expectativa de vida também foram os que, em média, mais haviam cometido delitos patrimoniais¹¹⁰.

Apesar de não haver estudos nesses moldes no Brasil, tudo leva a crer que, aqui, esse fator é ainda mais pervasivo. Na semelhante realidade da Colômbia, são conhecidos como “sicários” os jovens que, no seio de uma cultura que mistura pobreza, tráfico de drogas e ostentação, optam por se tornar assassinos do crime organizado. Os sicários sabem que não viverão por muitos anos; escolhem uma vida curta de perigos, mas emocionante e confortável, em detrimento de um longo futuro de dificuldades¹¹¹. É notório que Brasil também há muitos jovens atraídos pela mesma alternativa. Querem luxo e querem imediatamente. Querem tanto que estão dispostos a sacrificar a própria expectativa de vida. A preferência temporal é intensa. Por que, então, não estariam dispostos a sacrificar uma liberdade que está por vir e ainda é incerta?

“Se a pena for muito alta, talvez isso mude” - há quem cogitaria. Seria plausível imaginar uma pena alta o suficiente para, mesmo descontado seu valor em razão da incerteza e da celeridade, ser capaz de prevenir delitos? Os precursores da análise econômica do crime, há mais dois séculos, opinaram sobre esse assunto. Cesare Beccaria, por sua vez, insistia que o castigo só poderia ser efetivo se fosse célere¹¹². Jeremy Bentham reconhecia que a pena jamais poderia ser imediata e, por isso, sua severidade deveria compensar esse atraso, mas ao mesmo tempo ela não poderia ser tão rígida a ponto de gerar mais prejuízo do que o próprio delito¹¹³. Interprete a afirmação de Bentham à luz da utilidade marginal decrescente: a menos que fosse um atraso pequeno, os muitos anos de pena necessários para efetivamente compensar esse problema seriam inaceitáveis em razão do prejuízo excessivo. Ambos, acredito, rejeitariam de pronto a hipótese de penas maiores resolverem um problema de

¹¹⁰ NAGIN, Daniel S.; POGARSKY, Greg. Time and punishment: Delayed consequences and criminal behavior. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 20, n. 4, 2004. p. 295-317.

¹¹¹ “Sicario es el joven que vive de matar por encargo, quien vive poco pero a gran velocidad y con mucho adrenalina, que mata y se juega la vida para dejar con algo a la cucha (la mamá)” em: RINCÓN, Omar. Narco.estética y narco.cultura en Narco. lombia. *Nueva Sociedad*, v. 222, p. 147-163, 2009. p. 151-153.

¹¹² “É, pois, da maior importância punir prontamente um crime cometido, se se quiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de um crime desperte imediatamente a ideia de um castigo inevitável.” BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 73-74.

¹¹³ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. p. 119 e 113. Disponível em: <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Bentham/principlesof_MoralsAndLegislation.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

celeridade de larga magnitude, como ocorre no Brasil.

A taxa de desconto do valor futuro varia muito de acordo com cada pessoa e também de acordo com cada situação, conforme já foi constatado por uma ampla comparação entre estudos empíricos¹¹⁴. O intrigante é que até mesmo as menores taxas de descontos já registradas teriam um efeito enorme quando aplicadas à morosidade da justiça criminal brasileira. Segundo dados do CNJ, coletados em sede do projeto Justiça em Números, o tempo médio de tramitação de um processo criminal, do primeiro ao segundo grau de jurisdição, é de incríveis 04 anos e 04 meses¹¹⁵. Com tamanho lapso temporal, é difícil ter esperança que sanções maiores contribuirão para a segurança pública. É como se o Estado fosse transmitir essa mensagem: “o crime custará muito caro, mas você pode começar a pagar só daqui a 4 anos”. Como um anúncio comercial, longe de desincentivador, seria quase irresistível.

Suponha a seguinte objeção: “contamos com o instituto da prisão preventiva em nosso ordenamento jurídico, que pode ser decretada a qualquer tempo, inclusive imediatamente após o fato ilícito, de modo que pode ser utilizada para resolver o problema da preferência temporal”. A resposta será dada em duas partes. Primeiro, a prisão preventiva é uma medida cautelar, e não de punição, que serve unicamente para assegurar que o processo criminal se desenvolva sem que o acusado atrapalhe a coleta de provas, ou fuja, ou cometa novos crimes. Não é uma medida automática; sua decretação depende de indícios concretos apontando para a existência desses riscos. É claro que algumas autoridades judiciárias simplesmente ignoram os requisitos e decretam prisões preventivas arbitrariamente, como uma antecipação de pena. Mas fato é que outras não: a injustiça de castigar alguém sem lhe dar mínimas oportunidades de defesa é uma razão moral que move uma parcela significativa dos magistrados¹¹⁶. Nem sempre essa medida cautelar seria aplicada, o que faria dela não uma solução, e sim, na melhor das hipóteses, um frágil remendo.

A segunda parte da resposta é a mais importante: a prisão preventiva não guarda relação com o tamanho da pena definitiva, objeto de discussão neste trabalho. Essa medida é cabível

¹¹⁴ FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. Time discounting and time preference: A critical review. *Journal of economic literature*, v. 40, n. 2, p. 351-401, 2002.

¹¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017 - ano-base 2016**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2017. p. 140-142.

¹¹⁶ Tenho certeza que alguns discordariam dessa minha afirmação. Essas pessoas que tenho em mente diriam que quase todos os juízes decretam prisão preventivas arbitrárias, sem observar adequadamente os requisitos legais. Posso concordar que a maior parte dos magistrados não observa adequadamente a função cautelar da prisão como última alternativa, mas isso não significa que todos esses decretam prisões arbitrárias. Para a maioria, os critérios são mais amplos do que o devido, mas ainda assim existem. Meu ponto é que tais critérios, por mais frágeis que possam ser, já são suficientes para diminuir a incidência de prisões preventivas e, por isso, garantir que ela não é capaz de solucionar o problema da preferência temporal.

apenas para crimes cuja pena máxima seja superior a 04 anos de reclusão¹¹⁷, todavia todos os delitos associados à segurança pública já se enquadram nesse requisito no atual cenário de sanções (furto, roubo, homicídio, latrocínio, etc). Ou seja, essa medida cautelar já pode ser usada independentemente de qualquer aumento de penas. Se apesar de todos esses problemas, fáticos e morais, ainda quisermos insistir nessa alternativa falha como solução para a prevenção de crimes, poderíamos encerrar por aqui e concluir que os períodos de reclusão previstos no código penal devem permanecer como estão - talvez até reduzidos.

Insistir em mais prisões preventivas, decretadas sem uma análise detida de provas, implicaria privar de liberdade um significativo número de pessoas inocentes e isso não é admissível. Uma solução, no entanto, precisaria não apenas diminuir o lapso entre o crime e respectiva sanção, mas também garantir o justo direito de defesa às pessoas acusadas. Parece algo distante da nossa realidade, mas sem dúvida é algo possível e que já foi atingido por alguns países. Um dos exemplos mais positivos nesse sentido não está em nenhum país da Europa ou da América do Norte: nosso vizinho Chile é quem promove um dos melhores processos criminais do mundo.

A maior diferença entre o nosso processo e o processo chileno é a adoção, neste último, do que se chama de Juízo Oral. Todo o procedimento ocorre basicamente em um conjunto de poucas audiências, onde a integralidade das provas são produzidas na presença de todos os atores processuais, os quais se manifestam de forma obrigatoriamente oral¹¹⁸. Por óbvio, na ausência de manifestações escritas, os respectivos prazos para a sua elaboração também não existem e isso torna o processo chileno muito mais célere do que o brasileiro, permitindo que a pena, em caso de condenação, seja executada em poucos meses¹¹⁹. Essa condensação dos atos pode causar uma impressão de prejuízo ao direito de defesa, mas há fatores que apontam no sentido contrário: a confrontação imediata de ideias feita possível apenas pela oralidade garante que o acusado e sua defesa técnica possam se expressar e ser cuidadosamente ouvidos, bem como proceder a um controle racional mais eficiente sobre a fundamentação judicial¹²⁰.

¹¹⁷ Artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹¹⁸ RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, p. 825-847, 2017. p. 829-831.

¹¹⁹ Por exemplo, um dos fatores que mais causam demora no processo brasileiro é o lapso entre o encerramento da instrução de provas e a prolação da sentença. No Chile, a regra é que a sentença já seja proferida imediatamente após a produção de provas, sendo facultado ao tribunal utilizar-se de prazo máximo de 5 dias para elaborar sua redação final. Se o prazo for descumprido, a autoridade judiciária responde disciplinarmente por falta grave, vide artigo 344 do Código Processual Penal chileno.

¹²⁰ RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, p. 825-847, 2017. p. 829-831.

A excessiva duração de nosso processo penal impede a eficácia preventiva de qualquer punição. A pressão política por sanções maiores só irá atrasar a resolução do problema ao desviar recursos de verdadeiras soluções, perpetuando o problema da segurança pública. Precisamos de uma reforma processual com máxima urgência. Apresentei uma, dentre, talvez, várias alternativas viáveis, que merecem ser discutidas com maior profundidade em outros trabalhos. Aqui, seguirei na análise do meu objeto principal; os argumentos ainda não chegaram ao fim.

4.4 Otimismo em Excesso

A humanidade em geral é profundamente afetada por otimismo. Quando se trata de estimar eventos que estão por vir, nossas previsões tendem a ser muito mais favoráveis do que a realidade. Por um lado, isso é maravilhoso: o otimismo está relacionado à felicidade, ao sucesso profissional e à uma maior capacidade de adaptação aos fracassos e às dificuldades. Por outro lado, isso também envolve subestimar a probabilidade de que situações ruins se concretizem, nos levando a assumir riscos bem maiores do que somos capazes de perceber. O argumento a ser apresentado nesta seção é o de que a pessoa que escolhe cometer um crime é otimista demais para cogitar ser presa e, portanto, pouco importa a quantidade de pena.

Somos tão confiantes em nós mesmos que nem notamos esse afastamento da realidade. Quando se trata de perguntar quem está acima da média, a realidade só comporta uma resposta: deve ser 50%, afinal, é isso que a palavra “média” pressupõe. Todavia, estudos registram respostas incompatíveis com a verdade. Quando um conjunto de pessoas foram requeridas analisar sua própria capacidade de direção em comparação a outros motoristas, um total de 93% afirmou acreditar ser um motorista mais habilidoso e menos perigoso do que a média¹²¹. Estudantes, por sua vez, crêem muito em seus próprios atributos: apenas 6% referiu estar abaixo da média em destreza atlética e, quando a pesquisa tratou de perguntar quem estava nos 10% melhores em capacidade de se relacionar com pessoas, um total de 60% se enxergou nesse topo¹²².

Alguém poderia pensar que os questionários referidos acima foram assim respondidos porque as pessoas entrevistadas não os levaram a sério. Se uma resposta errada implicasse consequências importantes, não seriam registradas as mesmas superestimativas, talvez. O comportamento observado no mundo dos negócios, no entanto, nos leva a rejeitar essa

¹²¹ SVENSON, Ola. Are we all less risky and more skillful than our fellow drivers?. *Acta psychologica*, v. 47, n. 2, p. 143-148, 1981.

¹²² LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of success. *Harvard business review*, v. 81, n. 7, p. 56-63, 2003.

hipótese. Um estudo analisou prognósticos feitos por diretores financeiros de grandes corporações acerca de futuras variações no mercado de ações (índice Standard & Poor's). O experimento permitiu que esses executivos estabelecessem previsões com intervalos de 80% de segurança, ou seja, uma estimativa de que não mais do que 20% das variações dos ativos estariam fora do intervalo estabelecido por cada um. Apesar de tais profissionais dedicarem as próprias vidas à elaboração dessas projeções, o resultado foi que a taxa de erro na previsão das variações, que era para ser de apenas 20%, foi de 62%¹²³. Assim como os motoristas e os estudantes, os executivos exageram muitas suas próprias capacidades, nesse caso a de avaliar o futuro do mercado financeiro.

Mesmo quando os custos do erro são grandes, as estatísticas desfavoráveis parecem não abalar a poderosa crença humana no próprio potencial. Especialistas de uma organização canadense trabalham para ajudar novos empresários a estimar a chance de sucesso de novas invenções. Baseada em uma série de critérios, esses especialistas chegam a avaliações com alto grau de precisão: de 499 fracassos econômicos, 411 deles foram corretamente previstos pela organização¹²⁴. Ainda assim, mais da metade dos empresários que receberam essa confiável previsão de insucesso¹²⁵ de seus projetos decidiram prosseguir em seus esforços e, com isso, aumentaram seu prejuízo em milhares de dólares, além, é claro, do custo de oportunidade em razão do tempo que deixaram de investir em outra atividade. Entre os que continuaram investindo em projetos desincentivados, menos de 10% conseguiu lançar suas invenções no mercado; para estes, a insistência foi ainda mais desastrosa: atingiram perdas, em média, quatro vezes maiores do que os que fracassaram antes¹²⁶. Quando os possíveis resultados são tão importantes, seria razoável imaginar que as pessoas estariam atentas para fundamentar suas escolhas em conjecturas cuidadosas e realistas. Ao que tudo indica, todavia, até mesmo nesses casos o otimismo prevalece - e custa muito caro.

O crime também é uma atividade de risco com resultados importantes e, portanto, também está sob a influência desse excesso de confiança. Ainda que um aumento de penas

¹²³ BEN-DAVID, Itzhak; GRAHAM, John R.; HARVEY, Campbell R. **Managerial overconfidence and corporate policies**. Working Paper n° 13711. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2007.

¹²⁴ ÅSTEBRO, Thomas; ELHEDHLI, Samir. The effectiveness of simple decision heuristics: Forecasting commercial success for early-stage ventures. **Management Science**, v. 52, n. 3, p. 395-409, 2006.

¹²⁵ É interessante notar que a confiabilidade da previsão não foi menosprezada pelos que decidiram prosseguir. A previsão só era dada a partir do pagamento de uma taxa, de modo que a contratação desse serviço já era um forte indício da ciência do contratante acerca dessa confiabilidade. A decisão de prosseguir, provavelmente, não decorreu da desconsideração da estatística pelos empresários, mas, sim, da crença de que a pequena margem de erro incidiria sobre os seus projetos.

¹²⁶ ÅSTEBRO, Thomas. The return to independent invention: evidence of unrealistic optimism, risk seeking or skewness loving?. **The Economic Journal**, v. 113, n. 484, p. 226-239, 2003.

fosse implementado, os indícios aqui apresentados apontam que isso não seria considerado pelo agente otimista. A severidade da sanção não irá impactar sua escolha porque ele imagina ser capaz de evitá-la completamente¹²⁷. Primeiro, ele acreditaria em sua habilidade intelectual (planejamento) para praticar o delito sem ser descoberto; se necessário, iria crer na possibilidade de fugir e se esconder da polícia; na pior das hipóteses, se processado, presumiria uma absolvição. Se executivos estão dispostos a arriscar altas somas em dinheiro quando o fracasso é provável, por que o agente típico - com muito a ganhar, pouco a perder e estatísticas muito mais favoráveis -, não arriscaria sua liberdade? Afinal, ele pensa estar acima da média em todos esses atributos. Ele conhece pessoas que foram condenadas e presas, mas ele imagina poder fazer diferente. Sendo o castigo incerto, a sua intensidade não será capaz de deter alguém que enxerga possuir a competência necessária para praticar o delito com impunidade.

Será que a imposição da pena, em si, não poderia corrigir esse excesso de autoestima? Quando alguém que tivesse a ilusão de poder escapar da condenação fosse efetivamente preso, seria verossímil cogitar que essa percepção fosse modificada. O problema do otimismo generalizado não seria tão grave se pudesse ser corrigido quando confrontado por experiências negativas. Mas não é isso o que ocorre. Uma pesquisa demonstrou que as pessoas atualizam suas expectativas quando apresentadas a informações mais positivas sobre o futuro, mas não fazem o mesmo quando as informações são mais negativas do que o antecipado por elas¹²⁸. Uma explicação para esse enigma é que as convicções de cada pessoa tendem a ser determinadas não pela qualidade das informações disponíveis, mas pela história que a pessoa consegue montar em sua mente¹²⁹. Na construção dessa história, o otimismo também desempenha um papel importante: a história escolhida não será a mais coerente, e sim a história mais agradável dentre qualquer uma minimamente coerente. Um indivíduo preso por um crime que cometeu, ao invés de aumentar seu receio em relação a atividades ilícitas, provavelmente atribuiria esse resultado a um descuido excepcional que teria condições de evitar em delitos posteriores.

Esta é apenas mais uma das diversas barreiras que impedem que um aumento de penas contribua para melhorar a nossa segurança pública. Apesar de ser quase impossível modificar

¹²⁷ Afirmar que uma variação nas penas não seria relevante não é o mesmo que afirmar que a existência de alguma pena também não seria relevante. A criminalização de uma conduta, por si só, impõe custos difíceis de ser desconsiderados mesmo por um agente otimista, como o esforço necessário para o ilícito não ser descoberto, que, apesar de ele acreditar ser capaz de realizar, certamente preferir não ter esse incômodo.

¹²⁸ SHAROT, Tali. The optimism bias. **Current biology**, v. 21, n. 23, p. R941-R945, 2011.

¹²⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 330.

essa tendência humana ao otimismo, é possível adotar medidas para diminuir os efeitos negativos que esse padrão comportamental gera na prática criminal. Uma sugestão simples seria implementar novas formas de policiamento ostensivo, priorizando locais com alta taxa de criminalidade. Não se trata de exigir ainda mais desses já sobrecarregados profissionais; essa sugestão se baseia na eficácia preventiva da mera presença física constante de efetivo policial em determinados locais. Ao invés de patrulhamentos de rotina que já são realizados, talvez um posicionamento estático estratégico possa ser mais eficiente. Um estudo feito em Buenos Aires detectou uma forte redução (75%) em crimes de roubos de carro em regiões em que comunidades judaicas passaram a receber proteção policial após um ataque terrorista¹³⁰. A hipótese explicativa é que a visualização do policial por parte do agente no local alvo para o crime torna a percepção do risco mais concreta, reduzindo a margem para distorções otimistas que incidem quando o risco é pensado de forma mais abstrata.

O referido estudo observou adequadamente algumas ressalvas acerca da viabilidade de a presença policial reduzir a taxa de criminalidade de forma abrangente, e não apenas de forma local. A principal dificuldade é controlar a migração da prática de crimes de áreas mais policiadas para áreas menos policiadas, o que levou os pesquisadores a concluir que esse aspecto merece ser melhor analisado por outros trabalhos. Apesar da importância dessa ressalva, me inclino a acreditar no potencial preventivo da alternativa sugerida, uma vez que a necessidade de deslocamento é um custo que nem todas as pessoas estarão dispostas a suportar. Se o efetivo policial puder ser distribuído de modo a exigir que os agentes delitivos percorram distâncias significativas para cometer crimes, a tendência é que pelo menos alguns desistam da prática em razão disso; em outras palavras, a criminalidade poderia aumentar em algumas áreas e diminuir em outras, mas o balanço final, estimo, seria de redução. Além disso, importante notar que o custo de deslocamento, apesar de singelo, é certo, de modo que não pode ser contornado, nem mesmo pela fantasia de projeções excessivamente confiantes.

Em resumo, a insistente confiança que as pessoas depositam nas próprias habilidades e na própria sorte dificultam que qualquer aumento de pena, ao contrário do esperado pelo senso comum, influencie de forma determinante na escolha daqueles que hoje em dia praticam crimes. Para quem acredita profundamente na capacidade de evitar a concretização da prisão, atribuir alguns anos a mais a essa ameaça não parecerá um custo significativo, pois esse adicional será percebido como igualmente evitável. Esse viés otimista, presente em qualquer pessoa saudável, ainda é estimulado na área penal pela enorme taxa de impunidade

¹³⁰ DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. Do police reduce crime? Estimates using the allocation of police forces after a terrorist attack. **American Economic Review**, v. 94, n. 1, p. 115-133, 2004.

do sistema. Apresentei uma singela sugestão para tentar reduzir a influência negativa dessa característica; é necessário que essa e outras alternativas sejam discutidas em maiores detalhes. Na próxima seção, abordarei o último fator comportamental que entendo pertinente para os fins aqui buscados e que, assim como este, restou largamente ignorado pelas análises econômicas ortodoxas do crime.

4.5 Duração e Severidade da Pena

Parece uma afirmação óbvia que a severidade da pena de prisão deve ser medida pela quantidade de anos de privação de liberdade. Trata-se de um pressuposto inquestionável tanto para o senso comum como também para os teóricos clássicos da análise econômica do crime. Seria mesmo verdadeira essa relação? Quanto maior o tempo de prisão, maior a intensidade da pena? O objetivo da presente seção é, no mínimo, colocar em dúvida essa premissa dada como fundamental. O questionamento parte da seguinte ideia: há uma grande diferença entre o que sentimos no momento em que estamos vivendo algo e o que lembramos sobre essa experiência após ela ter ocorrido. Se para prevenir crimes o agente precisa *lembrar* a prisão como algo desagradável, a referida diferença entre a vivência a sua respectiva memória deve ser investigada a fundo.

É claro que preferimos uma vida de confortos e de prazeres a uma vida de dificuldades e sofrimentos, porém não é o prazer ou a dor que sentimos minuto a minuto que molda nossas escolhas. Para a filosofia, é comum a distinção entre o que entendemos como *viver bem* e o que entendemos como experiências prazerosas¹³¹. Essa ideia é bem menos contraintuitiva do que pode parecer à primeira vista: algumas ocasiões são vividas como sofrimentos, mas são posteriormente interpretadas como valiosos ensinamentos de vida, como brigas entre pessoas queridas que melhoram suas relações a partir disso; da mesma forma, uma vida cheia de prazeres pode acabar sendo vista como vazia de sentido e, em retrospectiva, o que foi experimentado com deleite acaba gerando uma memória aversiva. É impossível explicar essas situações, que são tão presentes em nosso cotidiano, se supusermos que a única coisa que importa é quantidade de dor ou de prazer sentida em cada momento.

Não é apenas o significado valorativo atribuído às sensações que pode mudar ao longo do tempo, como ocorre nas situações apresentadas acima como exemplos; também a percepção sobre a intensidade desses sentimentos pode ser alterada. É notório que, com

¹³¹ Ronald Dworkin, por exemplo, traça uma distinção entre razões críticas e razões experienciais para sustentar a complexidade que envolve o tema da eutanásia. Escrevi este parágrafo inspirado em suas lições. DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. Nova Iorque: Vintage, 2011. p. 199-208.

frequência, pessoas superestimam o bem-estar que foi sentido por elas, por exemplo, em uma festa ou em uma viagem. Essa distorção da percepção pode ocorrer com experiências negativas também: pacientes que registram dores crônicas, por exemplo, tendem a declarar alívio em relação à dor experimentada no decorrer das semanas, mesmo quando a intensidade da dor, medida de modo mais controlado, permaneceu a mesma ou até aumentou¹³². Raramente nossa memória capta com precisão o que foi experimentado. Se parece claro que existe essa distância, então a pergunta que mais interessa em matéria penal é: como a duração de uma sensação é registrada em nossa lembrança?

Se alguém sofreu durante 5 minutos e outro, nas mesmas condições, sofreu durante 10 minutos, é razoável afirmarmos que o segundo sofreu duas vezes mais do que o primeiro. Se o primeiro, no entanto, experimentou uma dor duas vezes mais intensa do que o segundo, mas nas mesmas condições de tempo, também concluiríamos que o mal-estar total experimentado foi o dobro para o primeiro. Segundo essa lógica, a quantidade total de sofrimento é calculada a partir da multiplicação da intensidade e de sua respectiva duração. Sem dúvida esse raciocínio é válido para o fim de representar dores experimentadas em uma métrica objetiva e seria plausível esperar que um agente racional buscasse, através de suas escolhas, reduzir a quantidade total de sensações desagradáveis em sua vida nos moldes dessa métrica. O curioso é que as pessoas não agem assim; escolhemos com base em nossas memórias e elas são formadas a partir de um cálculo bem diferente, onde a duração é de pouca relevância.

Imagine uma pessoa recomendando a outra dois filmes. Em relação ao primeiro, ela afirma: “este filme é ótimo, com exceção do final; o final é péssimo!”. Sobre o segundo, ela diz “este filme é maravilhoso, exceto por uma parte, durante a metade, que é horrível!”. Qual desses filmes parece mais interessante? Mesmo que a parte ruim (final) do primeiro filme tivesse duração bem menor do que a parte ruim (no meio) do outro, penso que a imensa maioria das pessoas se sentiria mais atraída pelo segundo. Outra situação: conjecture que uma pessoa está comendo um lanche extremamente gostoso e, após ter comido $\frac{1}{2}$, faz uma pausa para ir ao banheiro; nesse tempo, outra pessoa pega o lanche e come $\frac{1}{4}$ dele, deixando apenas $\frac{1}{4}$. Agora suponha que, ao invés de ter comido $\frac{1}{2}$ do lanche antes de ir ao banheiro, essa pessoa comeu $\frac{3}{4}$ dele e, ao retornar, o $\frac{1}{4}$ restante já havia sido devorado. Em qual desses casos a pessoa se sentiria mais frustrada? Repare que em ambas as situações a quantidade ingerida foi a mesma, $\frac{3}{4}$. Mesmo assim, creio que muitos concordariam que a frustração seria maior no segundo caso. A explicação para ambas essas conjecturas, tanto em relação aos filmes quanto

¹³² FEINE, Jocelyne S. *et al.* Memories of chronic pain and perceptions of relief. **Pain**, v. 77, n. 2, p. 137-141, 1998.

em relação à comida é a mesma: a parte final de cada experiência desempenha um papel desproporcional, muito mais importante do que qualquer outra parte, na lembrança sobre a experiência como um todo. Ainda que a experiência de assistir a um filme seja boa em 99% da duração, a memória será arruinada por um final ruim; nessa mesma linha, deixar de comer o último pedaço de um lanche delicioso é muito pior do que deixar de comer esse mesmo pedaço, ou até um pedaço maior, desde que não seja o último.

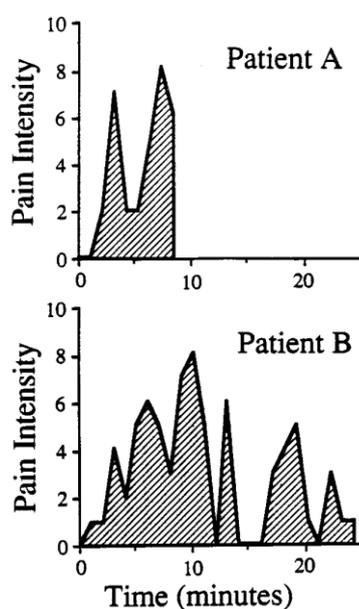
Pensando sobre essa hipótese, Daniel Kahneman resolveu testar o que sua intuição já indicava em um experimento. Um grupo de 32 dois homens consentiu na realização de três testes. Os dois primeiros eram similares: ambos consistiam em submergir uma das mãos em água a 14°C - temperatura gelada o suficiente para causar desconforto significativo - durante 60 segundos. A diferença era que, em um dos testes, as pessoas retiravam as mãos da água logo após esse período, cessando a dor de imediato; no outro, transcorridos os 60 segundos, uma válvula era aberta com água ligeiramente mais quente e, sem interrupção, a mão permanecia submersa por outros 30 segundos. Essa água mais quente era suficiente para elevar a temperatura em apenas 1°C, o que gerava um leve alívio, mas mantinha desagradável a sensação. Em resumo, a diferença entre os testes era 30 segundos a mais de desconforto, com uma pequena regressão da intensidade. Todos os homens foram submetidos a ambos os testes e eles sabiam dizer qual era o mais longo, apesar de não conhecerem a duração exata de cada um. Posteriormente aos procedimentos, foram informados de que o terceiro teste seria uma mera repetição de um dos anteriores e eles poderiam escolher qual. O resultado foi que 69% dos participantes escolheu o teste mais longo, consentindo com 30 segundos completamente desnecessários de desconforto. Por óbvio, esse suposto terceiro teste não foi realizado¹³³.

Através dessa linha de pensamento, Kahneman percebeu que a duração das sensações de dor e prazer desempenha um papel de pouca importância na lembrança das pessoas. Ao invés de um cálculo levando em conta o total da sensação em função do tempo, a lembrança pode ser prevista com certa precisão simplesmente a partir de uma média entre o pico de intensidade e a intensidade final da experiência. Embasado em pesquisas empíricas conduzidas por ele, Kahneman propôs uma nova teoria normativa da escolha, cunhando termos como “avaliação de pico-final” (*peak-end evaluation*) e “descaso com a duração” (*duration neglect*). Essa teoria pressupõe que pessoas não escolhem maximizar suas

¹³³ Os testes foram devidamente controlados: os participantes foram instruídos a usar mãos diferentes para cada teste, bem como a ordem dos testes era alterada, ora começando com o mais longo, ora com o mais curto. KAHNEMAN, Daniel; FREDRICKSON, Barbara L.; SCHREIBER, Charles A.; REDELMEIER, Donald A. When more pain is preferred to less: Adding a better end. **Psychological science**, v. 4, n. 6, p. 401-405, 1993.

experiências hedonistas (*experienced utility*), ao contrário do que foi previsto por Bentham; escolhem, na verdade, maximizar suas lembranças (*remembered utility*)¹³⁴.

Seria esperado que pessoas aprendessem a evitar o máximo de dor a partir de suas prévias experiências. O problema é que elas só conseguem aprender aquilo que elas conseguem lembrar - e isso muitas vezes as leva a preferir sentir dor por mais tempo. Como no experimento referido acima, uma intensidade reduzida de desconforto ao final da experiência produz uma lembrança mais agradável e é escolhida mesmo quando isso significa aumentar a quantidade total de mal-estar sofrido. Uma ilustração perfeita pode ser observada a partir destes gráficos:



Esses gráficos referem-se a dois procedimentos cirúrgicos, entre vários analisados em um experimento onde pacientes reais, necessitando fazer uma colonoscopia, foram requeridos a classificar a dor sentida por eles, minuto a minuto. Uma hora após o final da intervenção médica, os participantes foram perguntados acerca de uma avaliação da dor experimentada como um todo. Mesmo que pareça óbvio para qualquer observador dos gráficos acima que o Paciente B experimentou um maior mal-estar do que o Paciente A (área abaixo da curva), espantosamente, isso não foi registrado nas avaliações retrospectivas. Apesar de os procedimentos analisados terem variado enormemente (de 4 minutos a 67 minutos), a correlação entre a duração do procedimento e a intensidade da dor lembrada foi ínfima. Por outro lado, a correlação entre a média pico-final e a intensidade declarada foi bastante significativa, indicando que a correta previsão sobre os gráficos acima, ao contrário de

¹³⁴ KAHNEMAN, Daniel; WAKKER, Peter P.; SARIN, Rakesh. Back to Bentham? Explorations of experienced utility. *The quarterly journal of economics*, v. 112, n. 2, p. 375-406, 1997.

qualquer intuição, é a de que o Paciente A teve uma experiência mais aversiva do que o Paciente B¹³⁵. Em uma metáfora genial, “a memória não grava filmes, tira fotografias”.¹³⁶

Esse padrão de comportamento pode explicar alguns mistérios do nosso cotidiano, como, por exemplo, o fato de muitas pessoas darem mais valor para uma relação afetiva recém estabelecida do que para uma amizade que já se estende por décadas. As pessoas não conseguem evitar o descaso com a duração: se a relação recente já iniciou com experiências profundas, a média entre o melhor e o último momento será muito positiva e prevalecerá, inconscientemente, na avaliação retrospectiva da pessoa sobre os vários anos de uma amizade.

Verificados os critérios a partir dos quais se formam as nossas lembranças, bases das nossas escolhas, seria adequado concluir que penas mais longas são mais severas? E considerando que escolhemos com base em memórias, é razoável crer que anos a mais de prisão prevenirão novos crimes em algum grau significativo? Da perspectiva da pessoa punida, os indícios apresentados nesta seção apontam que a resposta é negativa para ambas as perguntas. É provável que a simples adição de mais tempo de privação de liberdade não torne mais aversivo o pico ou o final dessa experiência e, conseqüentemente, não a torne mais aversiva como um todo em uma avaliação retrospectiva - justamente a avaliação necessária para evitar futuros delitos.

Não apenas não contribuirá para uma pena mais severa no juízo do agente delitivo, um prolongamento da pena pode gerar o resultado oposto: um abrandamento da pena como um todo, causado pela amenização do sofrimento sentido ao final. Da mesma forma que pacientes com dores crônicas relatam alívio no decorrer do tempo mesmo quando a dor não se alterou ou até aumentou¹³⁷, pessoas em privação de liberdade podem sentir esse mesmo alívio. Esse é o efeito da adaptação. Um experimento testou as impressões de um conjunto de pessoas em uma série de procedimentos envolvendo de estímulos desconfortáveis de calor, alguns com intensidade constante, outros com intensidades variáveis, todos aplicados em uma duração mais curta e uma duração mais longa. Compatíveis com a linha de raciocínio exposta aqui, as experiências que encerraram com menor grau de dor foram avaliadas como menos aversivas como um todo. O intrigante é que, além disso, os resultados registraram um efeito bastante diferente quanto à duração: nas experiências em que a dor variava, o tempo de exposição

¹³⁵ REDELMEIER, Donald A.; KAHNEMAN, Daniel. Patients' memories of painful medical treatments: Real-time and retrospective evaluations of two minimally invasive procedures. **Pain**, v. 66, n. 1, p. 3-8, 1996.

¹³⁶ Tradução livre da frase “memory does not make films, it makes photographs”. A frase é do escritor Milan Kundera e foi utilizada por Kahneman e Fredrickson para introduzir um de seus trabalhos. FREDRICKSON, Barbara L.; KAHNEMAN, Daniel. Duration neglect in retrospective evaluations of affective episodes. **Journal of personality and social psychology**, v. 65, n. 1, p. 45, 1993.

¹³⁷ Ver nota 132.

contribuiu, ainda que de modo bem menos significativo do que o pico-final, para uma pior retrospectiva; por outro lado, quando a dor era constante, a influência da duração foi quase zero. É muito provável que a adaptação seja a explicação dessa diferença¹³⁸.

Apesar do pequeno apelo intuitivo, alguém que fica paraplégico em razão de um acidente não fica em um estado de tristeza por muito tempo¹³⁹, assim como alguém que ganha na loteria não permanece em euforia. Haveria razão para essa mesma lógica não se aplicar ao tempo de prisão? A tendência é que uma pessoa em estado de reclusão, no decorrer do tempo, se familiarize mais (nunca totalmente) com a nova rotina, aliviando aos poucos seu desconforto. Um indício de que a experiência do cárcere se torna menos aversiva com o tempo pode ser obtida a partir das estatísticas de suicídios. Em uma análise de 344 desses casos ocorridos em prisões dos EUA no ano de 1979, cerca de 50% deles foram registrados nas primeiras 24 horas de encarceramento¹⁴⁰. No Brasil, mais especificamente no Rio Grande do Sul, de 76 suicídios ocorridos entre 1995 e 2005, 10 deles ocorreram nos primeiros 9 dias de privação de liberdade¹⁴¹. Apesar de os resultados obtidos nesse último estudo serem menos impressionantes do que os obtidos no primeiro, deve ser salientado que o período de 9 dias equivale a menos de 1% do tempo correspondente à maioria das penas, ao passo que abarca mais de 10% dos casos analisados¹⁴². Isso demonstra que os suicídios não estão aleatoriamente distribuídos, mas, sim, concentrados no início da execução penal, a indicar que a repulsividade dessa experiência é maior nesse período e tende a se tornar mais amena em razão do efeito da adaptação¹⁴³.

¹³⁸ Dan Ariely, responsável pelo experimento, sugere expressamente a adaptação como possível explicação para o resultado observado, mas é cuidadoso ao apontar que, em razão da pequena duração das experiências, outros estudos eram necessários para confirmar essa hipótese. ARIELY, Dan. Combining Experiences Over Time: The Effects of Duration, Intensity Changes and On-Line Measurements on Retrospective Pain Evaluations. **Journal of Behavioral Decision Making**, v. 11, p. 19-45, 1998.

¹³⁹ Kahneman relata em seu livro um projeto promovido por Beruria Cohn, a qual questionou um grupo de pessoas acerca da proporção de tempo que alguém tetraplégico fica de mau-humor um ano após o acidente. Em média, os participantes responderam que paraplégicos ficariam 68% do tempo de mau-humor. Em contraste, um estudo revelou que essas pessoas demonstram um significativo nível de bom-humor em mais da metade do tempo, já no mês seguinte ao acidente. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 505-507.

¹⁴⁰ HAYES, Lindsay M. And darkness closes in... A national study of jail suicides. **Criminal Justice and Behavior**, v. 10, n. 4, p. 461-484, 1983.

¹⁴¹ SCHNEIDER, Andreia Maria Negrelli *et al.* **Suicídio no sistema carcerário: análise a partir do perfil biopsicossocial do preso nas instituições prisionais do Rio Grande do Sul**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4919>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

¹⁴² É importante ter em mente que essa proporção observada é possivelmente menor do que a proporção real, tendo em vista que alguns homicídios cometidos nos presídios são “disfarçados” como suicídios para evitar punições. A distorção acontece porque esses homicídios costumam ter como motivação desentendimentos no decorrer do convívio entre os apenados e, portanto, dificilmente são registrados no início do encarceramento.

¹⁴³ É certo que os suicídios são comumente praticados por pessoas acometidas por psicopatologias, cuja métrica

É possível que os padrões de comportamento tratados aqui tenham sido naturalmente selecionados desde os primórdios da existência humana e de outras formas de vida. Considerando que a dor representa um mecanismo de aviso para situações potencialmente letais, é muito mais importante para fins de sobrevivência que elas sejam marcadas em nossa mente, guiando nossas escolhas, pelo pico de sua intensidade, afinal, é esse fator que está mais diretamente relacionado à letalidade. A relevância da duração como um aviso de sobrevivência é meramente indireta: incide quando está associada a um aumento da intensidade do sofrimento, mas não quando esse sentimento permanece constante ou diminui. Do contrário, a expectativa de vida seria reduzida: seres que permitissem que a extensão das experiências contribuísse diretamente no registro de sua aversão poderiam dar prioridade para evitar uma situação de desconforto prolongado, mas seguro, ao invés de evitar uma situação de dor efêmera, mas potencialmente mais letal.

Com raízes evolutivas ou não, fato é que essas características comportamentais existem e devem ser levadas em conta na elaboração de nossas políticas criminais. Sob a ótica do descaso com duração, o lapso temporal da pena será, em larga medida, ignorado, não contribuindo para uma maior severidade na perspectiva da pessoa punida. Levando em conta ainda a avaliação pico-final, uma pena mais longa pode ser imaginada como menos desagradável do que uma mais curta, já que o pico de mal-estar coincidiria com o início em ambas, porém a última, com menor tempo para adaptação às condições do cárcere, encerraria em um momento de maior repulsa do que a primeira, na qual o indivíduo tenderia a estar mais ajustado à rotina do presídio no final. Se esse raciocínio estiver correto, a premissa mais básica do sistema penal - correlação positiva entre duração e severidade da sanção - não será apenas colocada em dúvida; será assumida como diametralmente invertida¹⁴⁴. Ressalvo, porém, que não se deve exagerar a precisão dessas estimativas; é certo que os dados que as embasam foram obtidos em situações bastante diferentes do encarceramento e, portanto, dependem ainda da confirmação de futuras pesquisas mais específicas. Os indícios

de aversão às experiências tende a ser bastante diferente da métrica relativa a pessoas saudáveis. Pode ser que, para alguém com depressão, a experiência do cárcere seja insuportável em qualquer período, hipótese em que um suicídio no início não seria indício de uma menor aversão ao longo do restante da pena. Por outro lado, é notório que boa parte dos suicídios não são relacionados a psicopatologias, ainda mais em se tratando de situações extremamente adversas, como o cárcere. Em relação a pessoas saudáveis, essa métrica de comparação é mais segura: não haveria motivo para o número de suicídios ser mais concentrado no começo da pena se esse período não fosse, em média, mais aversivo para todos. Os estudos apresentados devem ser assumidos como indícios válidos dentro desses limites. Agradeço ao professor Paulo MacDonald por apontar a importância desta ressalva.

¹⁴⁴ Uma questão especialmente relevante para o nosso sistema de execução penal seria a progressão de regime. Contribuiria a progressão para tornar o custo da pena menos relevante ao amenizar o final da experiência? Talvez sim. Ou talvez não: é possível que cada regime prisional seja percebido como uma experiência completamente diversa dos outros, de modo que a repulsa final ao regime fechado permaneceria inalterada após as progressões. Maiores investigações quanto à esse tema são de extrema importância.

apresentados aqui, no entanto, merecem ser levados a sério: seja em sua função retributiva (censura), seja em sua função preventiva, seja até mesmo como uma mera vingança, há fortes razões para que ninguém deseje um aumento de penas.

CONCLUSÃO

Antes de começar esta monografia, quando passava pela minha cabeça apenas uma vaga ideia de seu tema, um colega me perguntou sobre o que eu escreveria. Respondi que eu queria “provar” que aumentar penas não reduz a incidência de crimes. Disse a ele que eu faria uma exposição de argumentos tão didática que ninguém poderia razoavelmente discordar. É engraçado retomar essa lembrança; eu certamente estava sendo otimista em excesso nessa ocasião. Conforme fui avançando na pesquisa, percebi que seria muito mais difícil do que eu havia imaginado. Descobri que algumas ideias tidas por mim como promissoras eram insustentáveis, mas, ao mesmo tempo, também descobri novos argumentos sobre os quais nunca havia pensado antes. Após milhares de páginas de leitura, entre artigos e livros, desenvolvi este texto. Será que decepcionaria o meu colega a quem fiz afirmações exageradas? O quão sólida é minha refutação da expectativa de melhorar a segurança pública através de penas mais longas? Eis um resumo do argumento.

Para uma variação na extensão das penas ser capaz de prevenir crimes, é necessário assumir que as pessoas que cometem delitos são movidas por uma deliberação entre custos e benefícios. A escolha entre praticar ou não um crime seria determinada pela alternativa que parecesse mais benéfica ao agente. Se delitos ocorrem, é porque as vantagens dessa ação são mais atraentes do que a respectiva sanção. A sanção, nesse contexto, deveria ser elevada para superar eventuais benefícios do agir ilícito, tornando oneroso o que hoje parece lucrativo. A maior parte do trabalho foi dedicada para mostrar que mesmo aumentos enormes nas penas não são capazes de exercer essa esperada influência na escolha.

A primeira dificuldade está no fato de partirmos de penas que, hoje, já são extremamente severas. As precárias condições do sistema carcerário brasileiro fazem com que a punição no Brasil vá muito além da privação de liberdade, envolvendo, também, risco de doenças letais e agressões. É difícil concluir, em condições assim, que o problema da criminalidade está em penas insuficientemente desagradáveis.

Além disso, a punição é incerta. Mesmo que a consequência negativa de uma ação seja muito mais intensa do que a sua vantagem, ela ainda parecerá atraente se o benefício for certo e concretização do evento negativo for improvável. É exatamente o que ocorre com o crime. A taxa de impunidade no Brasil é alta. Poucos boletins de ocorrência geram investigações, assim como poucas investigações geram processos criminais. É plausível estimar que a taxa de impunidade no país está acima de 90%. Esse é um problema que penas mais altas não podem resolver.

Ainda que seja razoável cogitar que um custo incerto pode ser tornado mais aversivo do que um custo incerto se for suficientemente intenso, há limites para essa compensação. A severidade das sanções não pode compensar tamanha incerteza. Primeiro, porque uma severidade maior tende a gerar mais absolvições e, portanto, mais incerteza, por tornar a sanção desproporcional ao ato praticado, fazendo com que a condenação pareça injusta na perspectiva dos agentes processuais responsáveis por promovê-la. Segundo, porque a quantidade de pena estaria submetida a uma utilidade marginal decrescente. A ameaça que vai de um ano para dois anos de prisão e a ameaça que vai de nove anos para dez anos de prisão não variam na mesma intensidade. Os primeiros anos de pena exercem uma influência maior do que os subsequentes, apesar de representarem igual custo aos cofres públicos. Com penas já altas, cada ano adicional de prisão representaria um gasto de centenas de milhões de reais para gerar uma influência que seria, na melhor das hipóteses, mínima em termos de desincentivo ao crime. Qualquer redução significativa dos índices de criminalidade nesses moldes seria economicamente insustentável.

Surpreendentemente, nem mesmo esse valor pequeno esperado de um aumento de penas é confirmado por seu valor observado na prática. Uma série de estudos empíricos envolvendo grandes variações no tempo de pena apontam no sentido de que sanções maiores não geram reflexo nos índices de criminalidade.

Para explicar os resultados desses estudos, apresento um conjunto de fatores frequentemente ignorados em análises ortodoxas acerca dos custos e benefícios do crime. Começo por suas variáveis. A prática de um delito não gira apenas sobre lucro e punição, mas também sobre *status* e violência. A busca por visibilidade é uma ambição pervasiva para os seres humanos, que dificilmente é freada por ameaças em comunidades pobres, onde, para alguns, o agir ilícito é uma das únicas formas de obter destaque social. A violência, por sua vez, talvez seja mais desincentivadora do que a própria pena: a prática delitiva pressupõe que o agente se submeta a um alto risco de morte, por confrontos contra policiais e agentes rivais.. A grande influência da violência como um desincentivo para o crime dilui eventual influência que um aumento de penas pode ter. Se a expectativa de uma redução na taxa de delitos já era mínima, ela deve ser ainda menor quando essas variáveis são levadas em conta.

A ineficiência de um incremento nas penas é reforçada pela longa distância temporal entre o delito e a concretização da punição. Seres humanos são marcados por uma forte preferência pelo presente em detrimento do futuro. É por esse motivo que uma das estratégias usadas em vendas para atrair clientes é simplesmente oferecer que o pagamento ocorra alguns meses depois do ato da compra. O crime também funciona dessa forma: o agente sabe que o

benefício é imediato e o custo, além de improvável, só será pago muito tempo depois. No Brasil, esse problema é especialmente grave, tendo em vista que a média de duração de um processo criminal é superior a quatro anos. Com tamanho lapso temporal, mesmo um custo muito alto pode parecer insignificante.

Outro padrão comportamental desempenha um papel importante na escolha do ato ilícito: aversão a perdas. É muito mais difícil resistir à ideia de evitar perder do que à ideia de ganhar, ainda que, materialmente, ambas tenham o mesmo significado. Estudos demonstram que pessoas se sentem mais dispostas a correr riscos quando um mesmo problema é exposto como perdas a serem evitadas do que como ganhos a serem obtidos; por exemplo, evitar uma morte soa muito mais atraente do que salvar uma vida. Em um contexto de escassas oportunidades, locais onde os frutos do crime costumam ser ostentados, o que isoladamente seria interpretado como um simples ganho é moldado como uma perda a ser evitada através da ação delitiva. A constante exposição de pessoas à alternativa de obter um bem-estar maior nesses moldes gradualmente reduz sua capacidade de recusá-la. Essa tentação tão intensa e concreta dificulta que os agentes exerçam o complexo esforço mental de considerar, abstratamente, o valor que um aumento de penas representa para a sua escolha.

A extensão da sanção também é menosprezada em razão do profundo otimismo característico da humanidade. Nós, humanos, apresentamos uma forte tendência a superestimar nossas habilidades e, conseqüentemente, nossa capacidade de evitar que eventos ruins se concretizem mesmo quando as estatísticas são desfavoráveis. Executivos perdem grandes somas em dinheiro por acreditarem no próprio potencial mesmo quando o fracasso é provável. Com muito mais razão, os agentes delitivos arriscam sua liberdade por acreditarem ser capazes de atuar de uma forma que não serão descobertos, ou conseguirão fugir, ou serão absolvidos. Não há pena severa o suficiente para impedir alguém que pensa ter habilidade para agir com impunidade.

Por fim, questiono a relação entre severidade e duração da pena, ideia-base do sistema penal. Para prevenir futuros crimes, a sanção precisa ser lembrada como aversiva por quem a experimenta. Nesse sentido, estudos demonstram que nossa memória ignora a duração das experiências, sendo formada por uma média entre seu pico de intensidade e o final. Uma experiência curta, mas que acabe em um nível intenso de dor, será percebida como mais aversiva do que uma versão estendida dessa mesma experiência, desde que o nível de dor ao final seja mais ameno. É plausível cogitar que essa mesma lógica se aplique à punição. Penas mais longas não seriam percebidas como mais desagradáveis do que penas mais curtas; pelo contrário, talvez até deixariam uma memória menos negativa, tendo em vista a adaptação à

rotina do cárcere que tende a ocorrer ao longo do período de reclusão, levando a uma gradual diminuição do sofrimento experimentado.

No primeiro capítulo, apresentei uma concepção acerca da função da pena. Aproximei-me do senso comum afirmando que sua ânsia por censura é justificada e deveria ser expressada através da punição. A escolha acerca da quantidade de pena, maior ou menor, no entanto, ficaria a cargo de sua função preventiva, a ser verificada no restante do trabalho. Conforme as razões resumidas acima, um aumento de penas não contribui para a redução da criminalidade, devendo ser rejeitada pela ampla maior parte da população que acolhe as condições de censura e prevenção apresentadas inicialmente.

Entre a exposição dos problemas que apontam para a ineficácia do aumento, também indiquei discretamente algumas possíveis alternativas para solucioná-los. Investimentos em educação, uma reforma processual penal e diferentes estratégias de policiamento são medidas que podem ajudar a reduzir a criminalidade com penas até mesmo mais curtas do que as atuais. Resolver o problema da segurança pública pode ser extremamente difícil, mas não é impossível, desde que a elevação das sanções seja descartada e soluções factíveis comecem a receber o apoio da opinião pública. Em debates que movem sentimentos profundos como esse, a academia precisa se esforçar para soar mais persuasiva. Se este trabalho puder ser considerado um passo nessa direção, por menor que seja, me dou por satisfeito.

REFERÊNCIAS

AINSLIE, George. Specious Reward: A Behavioral Theory of Impulsiveness and Impulse Control. **Psychological bulletin**, 82, p. 463-496, 1975.

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. São Paulo, v. 3, n. 7, 2010. p. 51-84.

ARIELY, Dan. Combining Experiences Over Time: The Effects of Duration, Intensity Changes and On-Line Measurements on Retrospective Pain Evaluations. **Journal of Behavioral Decision Making**, v. 11, p. 19-45, 1998.

ÅSTEBRO, Thomas. The return to independent invention: evidence of unrealistic optimism, risk seeking or skewness loving?. **The Economic Journal**, v. 113, n. 484, p. 226-239, 2003.

_____; ELHEDHLI, Samir. The effectiveness of simple decision heuristics: Forecasting commercial success for early-stage ventures. **Management Science**, v. 52, n. 3, p. 395-409, 2006.

BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D.; TICE, Dianne M. The strength model of self-control. **Current directions in psychological science**, v. 16, n. 6, 2007, p. 351-355.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. **Jornal of Political Economy**, 76. Chicago: University of Chicago Press, 1968. p. 169-217

BEN-DAVID, Itzhak; GRAHAM, John R.; HARVEY, Campbell R. **Managerial overconfidence and corporate policies**. Working Paper n° 13711. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press. 1907. Disponível em <<http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Bentham/principlesofMoralsAndLegislation.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

BRAGANÇA, Mauricio de. Imagens de ostentação nas narconarrativas: consumo e cultura

popular. **Rumores**, v. 9, n. 17, p. 147-163, 2015.

BROTTSFÖREBYGGANDE. **The clearance rate in Sweden and other countries**. Suécia: The Swedish National Council for Crime Prevention, 2015. Disponível em <https://www.bra.se/download/18.366ea42214d6cb5d9d4635ad/1433939412790/2015_The+clearance+rate+in+Sweden+and+other+countries.pdf> Acesso em 29 de maio de /2018.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2017**. Brasília: IPEA, 2017. p. 31. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/8623-170602atlasdaviolencia2017.pdf>> Acesso em: 05 de novembro de 2017.

CHEN, Elsa Y. Impacts of “three strikes and you're out” on crime trends in California and throughout the United States. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, v. 24, n. 4, 2008. p. 345-370.

CNMP. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país**. Brasília : Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017 - ano-base 2016: variáveis e indicadores do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2017. p. 140-142.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN – Atualização Junho de 2016. Brasília: DEPEN, 2017. .p. 33-34. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2017.

DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. Do police reduce crime? Estimates using the allocation of police forces after a terrorist attack. **American Economic Review**, v. 94, n. 1, p. 115-133, 2004.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. **Metodologia da Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos**: janeiro de 2016. São Paulo: DIEESE, 2016. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/metodologia_/metodologiaCestaBasica2016.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

DO CARMO, Sidney Gonçalves. Com PM em greve, ES tem aumento de violência e pede ajuda do Exército. **Folha de São Paulo**, 06 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1856179-com-pm-em-greve-es-tem-aumento-de-violencia-e-pede-ajuda-do-exercito.shtml>> Acesso em 23 de setembro de 2017.

DOOB, Anthony N.; WEBSTER, Cheryl Marie. Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis. **Crime and justice**, v. 30, p. 176, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton. Princeton University Press, 2006.

_____. **Justice for hedgehogs**. Cambridge. Harvard University Press, 2011.

_____. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. Nova Iorque: Vintage, 2011.

FEINE, Jocelyne S. *et al.* Memories of chronic pain and perceptions of relief. **Pain**, v. 77, n. 2, p. 137-141, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. Time discounting and time preference: A critical review. **Journal of economic literature**, v. 40, n. 2, p. 351-401, 2002.

FREDRICKSON, Barbara L.; KAHNEMAN, Daniel. Duration neglect in retrospective evaluations of affective episodes. **Journal of personality and social psychology**, v. 65, n. 1, p. 45, 1993.

GAUS, Gerald. **On Philosophy, Politics and Economics**. Belmont: Thomson Wadsworth, 2007.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

HAGGER, Martin S. *et al.* Ego depletion and the strength model of self-control: a meta-analysis. **Psychological bulletin**, v. 136, n. 4, 2010. p. 495-525.

HAMPTON, Jean. **The Authority of Reason**. Nova Iorque. Cambridge University Press, 1998.

HART, Carl. **Um Preço Muito Alto**: A jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Trad Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HAUSMAN, Daniel; MCPHERSON, Michael; SATZ, Debra. **Economic analysis, moral philosophy, and public policy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

HAYES, Lindsay M. And darkness closes in... A national study of jail suicides. **Criminal Justice and Behavior**, v. 10, n. 4, p. 461-484, 1983.

HELLAND, Eric; TABARROK, Alexander. Does three strikes deter? A nonparametric estimation. **Journal of Human Resources**, v. 42, n. 2, p. 309-330, 2007.

HIRSCH, Andrew von. **Censure and sanctions**. Nova Iorque. Oxford University press. 2003

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization**: The limits of the criminal law. Nova Iorque. Oxford University Press, 2008.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) continua** - educação 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://servicodados.ibge.gov.br/Download/Download.ashx?http=1&u=biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

KARAM, Maria Lúcia. **Privação da Liberdade**: o Violento, Danoso, Doloroso e Inútil Sofrimento da Pena. Escritos sobre a Liberdade - Vol. 7. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____ ; FREDRICKSON, Barbara L.; SCHREIBER, Charles A.; REDELMEIER, Donald A. When more pain is preferred to less: Adding a better end. **Psychological science**, v. 4, n. 6, p. 401-405, 1993.

_____ ; TVERSKY, Amos. Intuitive Prediction: Biases and Corrective

Procedures. **TIMS Studies in Management Science**, 12, 1979. p. 313-327.

_____ ; TVERSKY, Amos. On the psychology of prediction. **Psychological review**, v. 80, n. 4, 1973.

_____ ; WAKKER, Peter P.; SARIN, Rakesh. Back to Bentham? Explorations of experienced utility. **The quarterly journal of economics**, v. 112, n. 2, p. 375-406, 1997.

KOVANDZIC, Tomislav V.; SLOAN, John J.; VIERAITIS, Lynne M. “Striking out” as crime reduction policy: The impact of “three strikes” laws on crime rates in US cities. **Justice Quarterly**, v. 21, n. 2, p. 207-239, 2004.

LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira *et al.* **11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/11o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>> Acesso em: 08 de novembro de 2017.

LOVALLO, Dan; KAHNEMAN, Daniel. Delusions of success. **Harvard business review**, v. 81, n. 7, p. 56-63, 2003.

LUCE, Robert D.; RAIFFA, Howard. **Games and decisions: Introduction and critical survey**. Nova Iorque: Dover Publications, 1989.

MALES, Mike; **Striking Out: California’s “Three Strikes and You’re Out” Law Has Not Reduced Violent Crime**. A 2011 Update. Center On Juvenile And Criminal Justice, 2011.

MARIMON, Saulo Bueno. **Policiando a polícia: a corregedoria-geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

NAGIN, Daniel S. Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century. **Crime and justice**, v. 23, p. 1-42, 1998.

_____ ; POGARSKY, Greg. Time and punishment: Delayed consequences and criminal behavior. **Journal of Quantitative Criminology**, v. 20, n. 4, p. 295-317, 2004.

NOZICK, Robert. **The Nature of Rationality**. Princeton: Princeton University Press, 1993.

ONU, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano. **Relatório Regional**

de Desenvolvimento Humano 2013-2014 - Segurança Cidadã Com Rosto Humano: Diagnóstico E Propostas Para A América Latina, 2013. p. 03. Disponível em: <<http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

POSNER, Richard A.. An economic theory of the criminal law. **Columbia law review**, v. 85, n. 6, p. 1193-1231, 1985.

RAWLS, John. **A theory of justice**: Revised edition. Cambridge. Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Nova Iorque. Oxford University Press, 2002.

REDELMEIER, Donald A.; KAHNEMAN, Daniel. Patients' memories of painful medical treatments: Real-time and retrospective evaluations of two minimally invasive procedures. **Pain**, v. 66, n. 1, p. 3-8, 1996.

RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, p. 825-847, 2017

RINCÓN, Omar. Narco.estética y narco.cultura en Narco. lombia. **Nueva Sociedad**, v. 222, p. 147-163, 2009.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal, a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 121, 2016. p. 163-190.

SAMPAIO, Athos; REIS, Thiago *et al.* Monitor da Violência: Uma semana de Mortes violentas no Brasil. **Portal de Notícias G1**, 25 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2017/uma-sem-ana-de-mortes-violentas-no-brasil>> Acesso em: 05 de novembro de 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7º ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

SCHIRALDI, Vincent; AMBROSIO, Tara-Jen. **Striking Out: The Crime Control Impact of "Three-Strikes" Laws**. Justice Policy Institute, 1997

SCHNEIDER, Andreia Maria Negrelli *et al.* **Suicídio no sistema carcerário**: análise a partir do perfil biopsicossocial do preso nas instituições prisionais do Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4919>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

SEN, Amartya. **Collective Choices and Social Welfare**. Amsterdã: North-Holland, 1979.

SENASP. **Diagnóstico dos Homicídios no Brasil**: Subsídios para o Pacto Nacional pela Redução de Homicídios. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELATORIO-HOMICIDIOS-210x297mm-MJ-1.pdf>.

SHAROT, Tali. The optimism bias. **Current biology**, v. 21, n. 23, p. R941-R945, 2011.

SILVA, Luciana Ferreira. **Crime, ostentação e afetividade**: um estudo psicossocial sobre o adolescente em conflito com a Lei. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17069>. Acesso em: 25 de março de 2018.

STEELE, Rachel. How Offenders Make Decisions: Evidence of Rationality. **British Journal of Community Justice**. p. 7-20, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: **ADPF 347 MC/DF**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015. Disponível em www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=10300665> Acesso em: 24 de setembro de 2017.

SVENSON, Ola. Are we all less risky and more skillful than our fellow drivers?. **Acta psychologica**, v. 47, n. 2, p. 143-148, 1981.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: **Environmental Impact assessment, technology assessment, and risk analysis**. Heidelberg: Springer Berlin, , 1985.

UOL. Greve de policiais termina com aumento de 156% de mortes na região metropolitana de Salvador. **Uol Notícias**, 12 de fevereiro de 2012. <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/12/greve-de-policiais-termina-com-aumento-de-156-de-mortes-na-regiao-metropolitana-de-salvador.htm>> Acesso em 23 de setembro de 2017.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VARIAN, Hal R. **Intermediate Microeconomics: A Modern Approach**. 8ª ed. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 2010.

VON NEUMANN, John, MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1947

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZERO HORA. Promotores gaúchos lideram manifesto contra “garantismo e bandidolatria”. **Zero Hora**, 04 de agosto de 2017.. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/08/promotores-gauchos-lideram-manifesto-contragarantismo-e-bandidolatria-9862007.html>>. Acesso em: 17 de maio de 2018.