

A ANÁLISE ECONÓMICA DO CRIME: UMA BREVE INTRODUÇÃO¹

Miguel Patrício²



ma forma didáctica de expor – para quem não tenha familiariedade com a área – as principais características e contributos da Análise Económica do Crime para o Direito e para a Economia pode passar pela apreciação tópica de meras três questões que um curioso ou simples leigo poderia fazer. Nessa medida, compreender-se-á que a escolha das questões seja pessoal (e até discutível) e que as *respostas* às mesmas sejam tão só o *quantum satis*. De qualquer forma, na parte final deste texto, a *resposta* a uma quarta questão permitirá ilustrar, de maneira necessariamente breve, alguns dos temas e dos desafios da investigação nesta área específica.

1) QUAL É A RAZÃO DE SER DA ANÁLISE ECONÓMICA DO CRIME E QUAIS AS SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS?

À primeira vista, poderia parecer estranha a ligação da Economia ao Crime (e ao Direito Penal). Por um lado, porque se tem considerado objecto de estudo da Economia as *transacções de mercado nas quais as partes agem de forma voluntária*

¹ Este texto corresponde, no essencial, à versão escrita de participação em Colóquio de Direito Luso-Brasileiro que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Maio de 2014.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

na procura de vantagens mútuas e, ao invés disto, na maioria dos actos criminosos (como, por ex., no homicídio ou no roubo), não há consentimento (e é até frequente a coacção); e, por outro lado, porque, no plano metodológico, o paradigma de actuação adoptado para o agente económico é o do “*homo œconomicus*” (i.e., o daquele que age de acordo com uma *racionalidade limitada*); e, ao invés disto, na realização do crime, o processo de decisão seria, frequentemente, impulsivo (ou até puramente irracional).³

Apesar do que se disse, tal ligação é hoje evidente. Contudo – descontando as *premonições* de racionalidade no comportamento dos criminosos em autores *clássicos* como Montesquieu, Cesare Beccaria ou Jeremy Bentham⁴ –, será apenas a partir do trabalho pioneiro de Gary Becker⁵, que se irá desenvolver, extraordinariamente, a ideia de que, como nota Isaac Ehrlich⁶, “*os autores de delitos respondem a incentivos, quer positivos, quer negativos, e que o volume efectivo de delitos em relação à população é influenciado pela afectação de recursos públicos e privados à repressão penal [...] e a outros meios de prevenção criminal. [...] Não é necessário que todos aqueles que cometem delitos específicos respondam a incentivos [...]; é suficiente que um número significativo de potenciais autores de delitos se comporte marginalmente de tal modo*”.

Segundo Steven Levitt e Thomas Miles⁷, há quatro ca-

³ Sobre a *racionalidade limitada* e a sua complexa relação com a *irracionalidade*, ver: O’NEILL, Michael E. – “The biology of irrationality: crime and the contingency of deterrence”, in: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (Eds.) – *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford, SUP, 2005, pp. 295 e ss..

⁴ Ver, a este respeito, por ex.: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven – “The economic theory of public enforcement of law”, in: *Journal of Economic Literature*, 38 (1), 2000, p. 45.

⁵ BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 169-217.

⁶ EHRlich, Isaac (1987) – “Crime e punição”, in: *Sub Judice*, 2, 1992, p. 39 (este texto é a reprodução traduzida e autorizada do artigo “Crime and punishment”, publicado em 1987).

⁷ LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. – “Economic contributions to the under-

racterísticas distintivas da Análise Económica do Crime para o estudo do crime e das suas implicações, a saber:

a) Uma ênfase no papel que os incentivos têm ou podem ter no comportamento dos indivíduos (sejam criminosos, vítimas ou forças da ordem e autoridades judiciais), partindo do princípio de que todos estes (também) têm como objectivo principal a *maximização de utilidades* dentro de um contexto limitativo que lhes é específico;

b) O uso de instrumentos econométricos (ou seja, de *ferramentas matemáticas e métodos estatísticos*) por forma a distinguir casos de correlação de casos de causalidade, em especial quando o contexto de aplicação de potenciais medidas públicas de combate ao crime não é passível (ou não se deseja que seja passível) de experimentação;

c) Uma ênfase em políticas públicas, e nas suas implicações, em detrimento da avaliação de intervenções de pequena escala (i.e., há uma preferência por comparações de eficiência entre Estados com diferentes políticas criminais e sistemas judiciais penais, tendo em vista encontrar soluções “transplantáveis”, que permitam contrariar, da forma mais eficiente possível, o comportamento criminoso racional);

d) O uso da chamada *análise custo-benefício (ACB)* como principal medida de avaliação da eficácia de políticas públicas contra o crime.

2) POR QUE É TODO O CRIME PODE SER (ENTENDIDO COMO) UMA “EXTERNALIDADE” MAS SÓ ALGUMAS “EXTERNALIDADES” É QUE SÃO CONSIDERADAS CRIMES?

Numa perspectiva económica, todo o crime pode ser definido como um tipo especial de “externalidade”, uma vez que consiste numa actividade pela qual um agente concretiza as

suas preferências, independentemente de outros agentes afectados por esse comportamento terem preferências incompatíveis e de essa incompatibilidade não ter sido resolvida através de uma transacção no mercado.

Perante “externalidades” deste tipo, Gary Becker configura a sanção criminal como uma adaptação (ainda que noutros moldes) da chamada “solução pigouviana” (da autoria do economista A. Cecil Pigou, 1920)⁸. De acordo com essa adaptação, a sanção criminal pode ser entendida como uma “taxa” ou como um “preço” a pagar pelo crime (preferencialmente um “preço” de ordem monetária); tendo sempre em vista fazer com que esse “preço” seja igual ou superior (se existir o risco de *não captura* ou de *não condenação*) aos denominados “*custos externos do crime*” (como sejam: danos directos e indirectos resultantes do crime, ou custos de prevenção, julgamento e aprisionamento).

Esta é, eminentemente, uma avaliação da sanção criminal numa perspectiva de eficiência. Mas se se quiser ilustrar a mesma recorrendo a uma “*função de bem-estar social*” (i.e., a uma *avaliação social custo-benefício*, que pondere eventuais “*benefícios sociais do crime*”), então uma solução de tipo “pigouviano” pode vir a ser considerada insatisfatória, dado que, como lembra Kenneth Dau-Schmidt, é difícil acreditar que uma sociedade *avaliar os benefícios do crime e inclua os mesmos nos seus cálculos para a obtenção do que entende por máximo de bem-estar social* – principalmente se o crime em causa for, como acontece com a grande maioria dos tipos penais, “*malum in se*” (como é o caso, por ex., do homicídio ou da violação), e não “*malum in prohibitum*” (como pode ser o caso, por ex., do furto realizado em estado de necessidade). Acresce que todas as sociedades admitem e defendem a existência de uma *função*

⁸ A este respeito, ver, a título de mero exemplo: DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “Opportunity shaping, preference shaping, and the theory of criminal law”, in: COUGHLIN, Richard M. (Ed.) – *Morality, Rationality and Efficiency: New Perspectives on Socio-Economics*. N.Y., M.E. Sharpe Inc., 1991, pp. 43-44.

punitiva do Direito Penal, tanto por razões de *prevenção específica* como *geral*, o que significa que, à partida, rejeitam (ou não configuram) a possibilidade de existência de um “*crime socialmente benéfico*”.⁹

Assim sendo, se as sociedades não reconhecem uma “*valia social*” ao crime, poderia, legitimamente, perguntar-se o que é que obsta ao estabelecimento de sanções criminais de custo exorbitante, que impeçam a prática “*racional*” do crime (porque ultrapassariam qualquer ganho esperado pelo criminoso, mesmo que este fosse muito optimista), e que permitam a tendencial redução dos crimes para zero...

Steven Shavell responde a esta questão dizendo que a redução dos crimes para zero com recurso a sanções de valor exorbitante não ocorre dadas, entre muitas outras, as seguintes razões: a) por haver informação imperfeita que pode alimentar *expectativas puramente irracionais*; b) porque é necessário estabelecer sanções “*suaves*” para certos crimes; c) porque há falhas na identificação, captura e julgamento de criminosos.¹⁰

Por outro lado, como também alerta George Stigler, estabelecer penas severas para “*crimes triviais*” (por ex., a pena de morte para um crime de furto simples), pode significar aniquilar quaisquer incentivos para o bom (ou menos mau) comportamento por parte dos criminosos (porque, nessa circunstância, pareceria a estes que as “*ofensas à sociedade*” não tinham uma escala valorativa associada).¹¹

⁹ Ver DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy”, in: *Duke Law Journal*, 1, 1990, pp. 12-13.

¹⁰ Especificamente, sobre a questão dos *erros judiciais* (também ligados a questões informativas), ver, por exemplo: “Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent”, in: *Columbia Law Review*, 85 (6), 1985, pp. 1232 e ss.; e “The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent”, in: *The American Economic Review*, 77 (4), 1987, pp. 584 e ss..

¹¹ Nas palavras de G. Stigler: “*If the offender will be executed for a minor assault and for a murder, there is no marginal deterrence to murder. If the thief has his hand cut off for taking five dollars, he had just as well take \$5,000. Marginal costs are necessary to marginal deterrence.*” STIGLER, Georg J. (1970) – “The optimum enforcement of laws”, in: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays*

Assim, no entender de Steven Shavell, a medida concreta das sanções criminais terá de passar pela fixação de valores elevados que, naturalmente, excedam os referidos “*custos externos do crime*”, mas não tão elevados ao ponto de os “*custos sociais da sanção*” (por ex., ao nível do impacto sobre os *standards* de actividade económica) poderem vir a ser superiores aos “*benefícios sociais*” que decorrem da utilização da mesma (por ex., ao nível da prevenção de futuros crimes).¹²

Tentando, agora, responder à questão inicial, dir-se-á que, no entender de Gary Becker¹³, uma “externalidade” só passa a ser considerada como sendo um “crime” (i.e., uma *externalidade não transaccionável*) quando não há montante que possa compensar o dano provocado. Contudo, para autores como Guido Calabresi e Douglas Melamed (1972), a questão da definição do que deve ser considerado crime (ou não) tem, antes, que ver com a necessidade de impedir (ou evitar) o incumprimento das chamadas “*regras de propriedade*” e “*regras de inalienabilidade*”. Com efeito, Guido Calabresi e Douglas Melamed¹⁴ argumentam que a sociedade utiliza 3 tipos de regras para prevenir a ocorrência de danos por via de externali-

in the Economics of Crime and Punishment. N.Y., CUP, 1974, p. 57.

¹² A este respeito, ver: DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy”, in: *Duke Law Journal*, 1, 1990, p. 14.

¹³ Nas palavras de G. Becker: “[...] *certain crimes, like murder or rape, are so heinous that no amount of money could compensate for the harm inflicted. This argument has obvious merit and is a special case of the more general principle that fines cannot be relied on exclusively whenever the harm exceeds the resources of offenders. For then victims could not be fully compensated by offenders, and fines would have to be supplemented with prison terms or other punishments in order to discourage offenses optimally. This explains why imprisonments, probation, and parole are major punishments for the more serious felonies; considerable harm is inflicted, and felonious offenders lack sufficient resources to compensate.*” Ver BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 196.

¹⁴ Ver CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. – “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, in: *Harvard Law Review*, 85 (6), 1972, pp. 1092-1093.

dades: a) as “*property rules*” (ou “*regras de propriedade*”), que impõem que o externalizador “compre” o seu direito a realizar a externalidade; b) as “*liability rules*” (ou “*regras de responsabilidade*”), que determinam que o externalizador é livre de realizar a externalidade desde que pague o que um tribunal (ou outra autoridade competente) determine que deve ser a compensação a atribuir aos que tenham sido negativamente afectados; e c) as “*inalienability rules*” (ou “*regras de inalienabilidade*”), que simplesmente proíbem a realização da actividade externalizadora, mesmo que os afectados estivessem dispostos a transaccionar.

A definição de crimes passaria, portanto, por procurar evitar (seja por razões de eficiência, distributivas ou outras) que, por ex., um ladrão furtive um relógio e depois pague apenas os respectivos danos (neste caso, a eventual falta de uma sanção criminal permitiria converter uma “*regra de propriedade*” numa “*regra de responsabilidade*”), ou que um político anexe um território independente e depois pague apenas os danos (materiais ou outros) decorrentes dessa anexação (neste caso, a eventual falta de uma sanção criminal permitiria a conversão de uma “*regra de inalienabilidade*” numa “*regra de responsabilidade*”).

Por outras palavras, as sanções associadas aos vários tipos penais servem, no entender destes autores, para evitar que os agentes económicos consigam (ou tentem) converter “*regras de propriedade*” (ou “*regras de inalienabilidade*”) em meras “*regras de responsabilidade*”.¹⁵

3) EM QUE LINHAS GERAIS SE BASEIA A “*TEORIA ECONÓMICA DO COMPORTAMENTO CRIMINOSO*”?

¹⁵ Como notam, de forma explícita, Guido Calabresi e Douglas Melamed, “*we impose criminal sanctions as a means of deterring future attempts to convert property rules into liability rules.*” (Ibidem, p. 1126.)

Ao contrário de algumas outras teorias explicativas do crime, que se focam em conceitos como “insanidade” ou “anormalidade comportamental”, ou que investigam causas de ordem sociológica ou cultural, os autores da referida “teoria económica” (sem menosprezarem aquelas outras teorias), adoptam, no entanto, o “modelo” do *agente económico racional* colocado em contexto de incerteza.

Nesse “modelo”, o criminoso – tal como qualquer outro indivíduo dito “normal” –, escolhe praticar o acto criminoso se o resultado final do mesmo (incluindo o risco de sofrer uma sanção) ultrapassar o resultado que o mesmo poderia alcançar com recurso a alternativas legais. É certo que múltiplas causas circunstanciais podem ser convocadas para esta análise, mas apenas para a complementarem, i.e., apenas para se perceber em que medida é que o mencionado “modelo de base” sofre variações em função dessas mesmas causas.

Por outro lado, apesar da influência que ainda hoje exercem certas *correntes criminológicas* que enfatizavam a importância dos estudos em torno da reabilitação e do tratamento do criminoso, pode-se dizer que a maioria dos economistas (e mesmo dos sociólogos) tem mostrado, desde finais da década de 1960, um maior interesse pela realização de estudos sobre prevenção (e, em particular, pela realização de estudos sobre prevenção baseados em “modelos de comportamento criminoso racional”).

Aliás, em bom rigor, a lógica de racionalidade e de prevenção subjacente a estes “modelos” já tinha sido primitivamente apresentada por autores como Jeremy Bentham, quando este afirmou, por ex., que “*the profit of the crime is the force which urges a man to delinquency: the pain of the punishment is the force employed to restrain him from it. If the first of these forces be the greater, the crime will be committed; if the second, the crime will not be committed.*”¹⁶

¹⁶ BENTHAM, Jeremy – *The Rationale of Punishment*. London, Robert Heward,

A mesma lógica foi também apresentada, de uma forma eventualmente mais sofisticada, por Cesare Beccaria, quando este assinalou que, “*de uma maneira geral, o peso da pena [que deve ser pronta e próxima da acção criminosa], e a consequência de um delito, devem ser os mais eficazes para os outros e os menos duros possíveis para quem os sofre*”.¹⁷

Não se estranha, portanto, que estas afirmações e raciocínios estejam próximos da construção (aparentemente) pioneira de Gary Becker.¹⁸ Com efeito, para este autor, é possível construir uma “*useful theory of criminal behavior [that] can dispense with special theories of anomie, psychological inadequacies, or inheritance of special traits and simply extend the economist’s usual analysis of choice*”.¹⁹ Por outras palavras: para Becker, os criminosos são (quase) como quaisquer outros indivíduos e, nesse sentido, pode supor-se que os seus comportamentos serão, por norma, os típicos de um *agente económico racional* que procura *maximizar utilidades*.

Recorrendo, agora, a uma útil simplificação facultada por Alison Oliver²⁰, pode dizer-se que, no “modelo padrão” de Becker, todos os potenciais criminosos recorrem a 3 variáveis para as suas análises *maximizadoras de utilidades*. Por um lado, ponderam o *benefício do crime* (representado pela letra “B”) – benefício este que é subjectivamente configurado, pelo que inclui vantagens monetárias e psicológicas decorrentes da prática do crime. Por outro lado, deduzem a esse benefício os custos relacionados com as actividades de repressão do crime,

1830, p. 33.

¹⁷ BECCARIA, Cesare (1766) – *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa, FCG, 1998, p. 103.

¹⁸ Como assinala, entre muitos outros, POSNER, Richard A. – “An economic theory of the criminal law”, in: *Columbia Law Review*, 85 (6), 1985, a pp. 1193 e 1230.

¹⁹ BECKER, Gary – “Crime and punishment: an economic approach”, in: BECKER, Gary; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. N.Y., CUP, 1974, p. 2.

²⁰ Ver OLIVER, Alison – “The economics of crime: an analysis of crime rates in America”, in: *The Park Place Economist*, 10 (1), 2002, pp. 30-31.

sendo estes custos o resultado da multiplicação da *severidade da pena* (letra “C”) pela *probabilidade de aplicação da mesma* (letra “P”).

Assim sendo, para que um crime seja cometido, o resultado final desta *análise custo-benefício* terá que ser positivo, i.e.: $B - C.P > 0$.

Desta expressão podem, ainda, extrair-se, entre outros, os seguintes corolários, sempre num contexto *cæteris paribus*: a) se o resultado final da análise aumentar, a frequência de crimes e o número de criminosos aumenta (numa lógica similar à da *lei da oferta*); b) a redução do crime pode ser alcançada pela redução de “B”, ou então pelo aumento de “C” ou de “P”; c) considerando que “P” varia entre 0 (0%) e 1 (100%), pode concluir-se que a diminuição da probabilidade de aplicação da pena pode anular eventuais agravamentos das penas aplicáveis e, menos intuitivamente, pode também concluir-se que o aumento da probabilidade de aplicação da pena pode ter um grande efeito dissuasor, mesmo que essa probabilidade esteja associada a penas ligeiras.

Note-se, contudo, que, no entender de Isaac Erlich²¹, os *custos de oportunidade* (vantagens perdidas decorrentes de alternativas legais de obtenção de rendimento) estão ausentes da referida equação²², embora possam ser incorporados na mesma (através, p. ex., da letra “O”). Neste caso, o crime já só será racionalmente cometido se se preencher a condição: $B - (C.P + O) > 0$.

Entre outros factores, Isaac Erlich destaca, também, a importância dos efeitos contraditórios dos níveis de educação em duas das variáveis desta última fórmula: se, por um lado, o aumento médio dos níveis de educação contribui para aumentar

²¹ *Ibidem*, p. 31.

²² Mesmo não tendo sido aprofundadamente tratada no seu artigo de 1968, Gary Becker colocou a hipótese de tais custos influenciarem o número de ofensas praticadas. Ver BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, p. 177.

“B”, porque “dirige” os criminosos para as áreas mais sofisticadas e, conseqüentemente, mais lucrativas (caso típico do *crime organizado*), em contrapartida aumenta-lhes o *custo de oportunidade*, dada a maior probabilidade de inserção desses indivíduos em actividades legais lucrativas (veja-se o caso dos *cibercriminosos* que aceitam ofertas de emprego em empresas de segurança *online* ou em *agências nacionais de informação*).²³

4) QUE TEMAS ESPECÍFICOS TÊM SIDO OBJECTO DA ANÁLISE ECONÓMICA DO CRIME E QUE DESAFIOS SE COLOCAM DIANTE DESTA?

A excelente recolha editada por Nuno Garoupa em 2009²⁴, pode ser usada, dada a sua abrangência e a qualidade dos autores envolvidos, para sumariar os principais temas objecto de investigação na actualidade.

Assim, podemos considerar, e.g., os temas da *aplicação pública e privada da Lei* (“*public and private law enforcement*”), da responsabilidade (e do processo) criminal numa óptica económica, da *negociação privada de penas* (“*plea-bargaining*”), ou da análise económica do *crime empresarial*, do *crime organizado*, da corrupção, do *crime ambiental*, da evasão fiscal, do *cibercrime* ou do terrorismo, entre outros.

Estes e ainda outros temas relacionados têm sido objecto de estudo por múltiplos autores, em particular nos últimos 15 a 20 anos, como se poderá ver pela (crescente e já significativa) bibliografia existente, bem ilustrada por Fernando Araújo

²³ Outras extensões relativamente ao “modelo básico” são genericamente apresentadas, p. ex., em: EIDE, Erling – “Economics of criminal behavior”, in: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 347 e ss..

²⁴ Ver GAROUPA, Nuno (Ed.) – *Criminal Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

em 2008²⁵.

Atendendo aos objectivos definidos para este texto, não se justifica (nem seria razoável) tratar aqui dos principais contributos dados nas múltiplas áreas referidas.²⁶

Contudo, selecciona-se, pelos desafios que tem colocado e pela influência que se presume que poderá vir a ter em desenvolvimentos futuros da Análise Económica do Crime, a investigação que se vem fazendo em torno da denominada *análise económico-comportamental do crime* (“*behavioral criminal law and economics*”).

Com efeito, os contributos da “*behavioral law and economics*” para a *canónica* “*criminal law and economics*” são evidentes, e até desejáveis, porque, como refere Alon Harel, a “*behavioral law and economics*” tem feito uso dos contributos da Psicologia para complementar e (até mesmo) desafiar a *análise económica tradicional* baseada na racionalidade dos indivíduos: “*sometimes behavioral law and economics complements traditional economic analysis, e.g., when it identifies certain preferences individuals have. Behavioral law and economics often predicts when individuals are risk averse or risk loving, when they discount the future and by how much, etc. At other times, behavioral law and economics challenges traditional law and economics when it identifies contexts in which individuals act irrationally, form false beliefs concerning the state of the world, make decisions in ways that do not maximize their utility, make decisions based not on the way the world actually is but on the way the world is described (framing), etc. In the criminal law context, the relevance of behavioral studies*

²⁵ Ver ARAÚJO, Fernando – *Análise Económica do Direito*. Coimbra, Almedina, 2008, pp. 107 a 113, notas 432 e ss.

²⁶ É necessário não esquecer que, também no contexto da Análise Económica do Crime, outra dimensão de contributos é igualmente (ou até mais) relevante: a dos estudos que recorrem a aplicações empíricas e econométricas. Ver, a este respeito, por ex.: EHRlich, Isaac (1987) – “Crime e punição”, in: *Sub Judice*, 2, 1992, pp. 40-41.

is evident, because it challenges the assumption that criminals are rational.”²⁷

Esta evolução seria, assim, o “*fechar de um ciclo*”: ultrapassada a hegemonia do “modelo beckeriano”, marcadamente *racionalista e utilitarista*, submeter-se-ia agora o mesmo a uma espécie de *prova de flexibilidade (e de vida)*, por via da qual se apuraria se aquele pode ser compatibilizado com as mais recentes contribuições da “*behavioral decision theory*”/“*BDT*”, ou se tem que ser substituído por um novo modelo explicativo do comportamento criminoso (o qual obedeceria, ainda, a uma formulação económica²⁸, mas já pouco ou quase nada “beckeriana”...).

As implicações de uma eventual *mudança de paradigma* seriam, escusado será dizer, muito significativas numa série de áreas (por ex., na responsabilidade e processo criminais ou no desenho das políticas de *prevenção geral*).

Não se pense, contudo, que esta perspectiva é partilhada por todos os autores.²⁹ Só para dar um exemplo da natureza das críticas feitas pelos adversários dessa *mudança de paradigma*, leia-se Doron Teichman: “[...] *although behavioral studies ha-*

²⁷ Ver HAREL, Alon – “Economic analysis of criminal law: a survey”, in: HAREL, Alon; HYLTON, Keith N. (Eds.) – *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 37-38.

²⁸ É necessário não esquecer que as *crenças*, as *preferências subjectivas* ou a *heurística* obedecem ainda a padrões, e que os “desvios” tanto podem ser agrupados segundo categorias cientificamente elaboradas (tal como sucede na psicologia), como introduzidos em modelos de *probabilidade* ou *plausibilidade* (tal como sucede na economia). A influência da psicologia na *BDT* (com os seus “*legal decision theorists*”) é, aliás, salientada por Gregory Mitchell: “*The claim of uniform and widespread irrational behaviors flows from the legal decision theorists’ reading of the psychological literature to say that all judgment and decision making involves a set of basic but flawed psychological processes.*” (Ver MITCHELL, Gregory – “Taking behavioralism too seriously?: the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law”, in: *William and Mary Law Review*, 43 (5), 2002, p. 1923.)

²⁹ Até porque, para alguns autores da tradicional “*law and economics*”, tal mudança poderia significar a progressiva absorção desta disciplina por outras como a (já citada) “*behavioral law and economics*”, a “*socioeconomic analysis of law*”, a “*evolutionary analysis of law*” ou a “*neuroeconomic analysis*”.

ve offered many insights as to the way humans behave, they do not offer clear predictions as to the way criminals are expected to behave. The indeterminacy of behavioral analysis stems from three distinct factors. First, the cognitive biases upon which behavioral analysis is built are often ill-defined. Second, for many cognitive biases, there exist «counter biases» that function in an opposing manner. Finally, social forces, such as norms and culture, interact in an unpredictable fashion with cognitive biases.»³⁰

Contudo, para outros autores, é possível extrair resultados úteis da aplicação da economia comportamental sem que tal abale gravemente o “modelo beckeriano”.

Por exemplo, com uma postura mais conciliatória, Richard McAdams e Thomas Ulen notam: “[*Gregory*] *Mitchell* (2002a; 2002b)^[31] has argued that behaviorists have not provided a comprehensive and empirically sound account of human decisionmaking that warrants abandoning rational choice theory. Moreover, he argues, there is substantial empirical evidence that, at least with respect to some explicit economic decisions, people behave as rational choice predicts that they will. [*Chad*] *Oldfather* (2007)^[32] makes the different point that, even if one takes behavioral biases to be true of the average member of the population, we know that criminals differ from the average in many ways; so, absent experiments focused on criminals, we cannot assume the applicability of the behavioral literature to this unusual subpopulation. Both points are well

³⁰ Ver TEICHMAN, Doron – “The optimism bias of the behavioral analysis of crime control”, in: *University of Illinois Law Review*, 5, 2011, p. 1697.

^[31] Remissão para: MITCHELL, Gregory – “Why law and economics’ perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics’ equal incompetence”, in: *The Georgetown Law Journal*, 91 (1), 2002, pp. 67-168; e MITCHELL, Gregory – “Taking behavioralism too seriously?: the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law”, in: *William and Mary Law Review*, 43 (5), 2002, pp. 1907-2021.

^[32] Remissão para: OLDFATHER, Chad – “Heuristics, biases, and criminal defendants”, in: *Marquette Law Review*, 91 (1), 2007, pp. 249-262.

taken.”³³ Reconhecendo valor aos argumentos alegados de parte a parte, McAdams e Ulen lembram, contudo, que, sabendo-se ainda tão pouco a respeito dos processos de decisão humana, há suficiente consenso científico em torno da necessidade da literatura *behaviorista* continuar o seu trabalho de exploração de causas e predições alternativas, evitando-se, assim, que a *rational choice theory* “cristalize” assente em presunções de *automatismo comportamental* que são, inquestionavelmente, ilusórias.

Posição próxima tem F. Cross: “*Behavioralism is not so much an alternative to law and economics as it is a complement. It supplements the classic model and explains why deviations may occur from the model, but it does not supplant that model. Both models are valuable only insofar as they explain actual behavior, and their descriptive validity can be tested empirically, yielding the knowledge necessary for policy.*”³⁴

Por último, Russell Korobkin salienta o que pensa poder vir a ser o paradigma de uma *terceira via* entre a “*rational choice theory*”/“*RCT*” (que, como se pôde observar, representa, na área específica da Análise Económica do Crime, a base em que assenta o “modelo beckeriano”) e as correntes *behavioristas* ou comportamentais.

Para Russell Korobkin, das “certezas teóricas” não se passaria, de um só golpe, para as “certezas empíricas”, supostamente requeridas pelas correntes comportamentais, mas antes para uma definição de “assumpções plausíveis”: “*the choice between using an RCT-based behavioral assumption and a BDT-based behavioral assumption in law and economics analysis should turn on the relative plausibility of competing*

³³ Ver McADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. – “Behavioral criminal law and economics”, in: GAROUPA, Nuno (Ed.) – *Criminal Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009, p. 413.

³⁴ Frank B. Cross (texto de 2000) *apud* MITCHELL, Gregory – “Taking behavioralism too seriously?: the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law”, in: *William and Mary Law Review*, 43 (5), 2002, p. 2020, n. 238.

accounts in light of existing knowledge, which is often incomplete and indeterminate.”³⁵

Em síntese, conclui o referido autor que a Análise Económica do Direito requer pressupostos quanto a *comportamentos esperados*, mas esses pressupostos não têm que ser assumpções baseadas na referida *RCT* – isto porque, se a eficácia das prescrições legais depende do rigor das *assumpções comportamentais subjacentes*, não será desvio prejudicial o recurso a métodos científicos para testar essas assumpções, sempre que tal se afigure possível. Contudo, “*the law must act; it cannot wait for empirical certainty. So, in many – perhaps most – cases, our touchstone must be plausibility.*”³⁶

Qual será o desfecho deste debate e quais as consequências do mesmo para a área da Análise Económica do Crime? Não se sabe, mas há quem não deixe de constatar que “*the classical theory, even though suffering from some weak aspects [...], is still the best approach to law enforcement. [...]. The successfulness of a theory depends crucially on the empirical adherence. The empirical analysis of criminal deterrence has been involved in serious controversy. The essential reason for such controversy is that the existing empirical literature seems to have findings in both (positive and negative adherence) directions. [...]. It is true that Jolls, Sunstein, and Thaler (1998)*^[37] *present several testable predictions with respect to the behavioral approach of law enforcement. However, how much this theory adds to the predictive power of the classical*

³⁵ KOROBKIN, Russell – “Possibility and plausibility in law and economics”, in: *Florida State University Law Review*, 32 (2), 2005, p. 783.

³⁶ *Ibidem*, p. 795. Para uma clarificação possível dos termos em causa, em particular da distinção entre os conceitos “provável”, “possível” e “plausível”, ver: VAN DER HELM, Ruud – “Towards a clarification of probability, possibility and plausibility: how semantics could help futures practice to improve”, in: *Foresight*, 8 (3), 2006, pp. 17-27.

^[37] Remissão para: JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard – “A behavioral approach to law and economics”, in: *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1550.

approach is still an open question.”³⁸



REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando – *Análise Económica do Direito*. Coimbra, Almedina, 2008.
- BECCARIA, Cesare (1766) – *Dos Delitos e das Penas*. Lisboa, FCG (Fundação Calouste Gulbenkian), 1998.
- BECKER, Gary S. – “Crime and punishment: an economic approach”, in: *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 169-217 [= BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. N.Y., CUP, 1974, pp. 1-54].
- BENTHAM, Jeremy – *The Rationale of Punishment*. London, Robert Heward, 1830.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. – “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, in: *Harvard Law Review*, 85 (6), 1972, pp. 1089-1128.
- DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy”, in: *Duke Law Journal*, 1, 1990, pp. 1-38.
- DAU-SCHMIDT, Kenneth G. – “Opportunity shaping, preference shaping, and the theory of criminal law”, in:

³⁸ Ver GAROUPA, Nuno – “Behavioral economic analysis of crime: a critical review”, in: *European Journal of Law and Economics*, 15 (1), 2003, pp. 12-13. Idênticas dúvidas, e até descrença a respeito da “*behavioral approach*”, podem ser encontradas em HAREL, Alon – “Behavioural analysis of criminal law: a survey”, in: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2 (1), 2014, a pp. 52 e ss..

- COUGHLIN, Richard M. (Ed.) – *Morality, Rationality and Efficiency: New Perspectives on Socio-Economics*. N.Y., M.E. Sharpe Inc., 1991, pp. 41-60.
- EHRlich, Isaac (1987) – “Crime e punição”, in: *Sub Judice*, 2, 1992, pp. 39-42.
- EIDE, Erling – “Economics of criminal behavior”, in: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Eds.) – *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 345-389.
- GAROUPA, Nuno – “Behavioral economic analysis of crime: a critical review”, in: *European Journal of Law and Economics*, 15 (1), 2003, pp. 5-15.
- GAROUPA, Nuno (Ed.) – *Criminal Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009.
- HAREL, Alon – “Behavioural analysis of criminal law: a survey”, in: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2 (1), 2014, pp. 32-55.
- HAREL, Alon – “Economic analysis of criminal law: a survey”, in: HAREL, Alon; HYLTON, Keith N. (Eds.) – *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 10-50.
- KOROBKIN, Russell – “Possibility and plausibility in law and economics”, in: *Florida State University Law Review*, 32 (2), 2005, pp. 781-795.
- LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. – “Economic contributions to the understanding of crime”, in: *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 2006, pp. 147-164.
- McADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. – “Behavioral criminal law and economics”, in: GAROUPA, Nuno (Ed.) – *Criminal Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009, pp. 403-436.
- MITCHELL, Gregory – “Taking behavioralism too seriously?: the unwarranted pessimism of the new behavioral anal-

- ysis of law”, in: *William and Mary Law Review*, 43 (5), 2002, pp. 1907-2021.
- OLIVER, Alison – “The economics of crime: an analysis of crime rates in America”, in: *The Park Place Economist*, 10 (1), 2002, pp. 30-35.
- O’NEILL, Michael E. – “The biology of irrationality: crime and the contingency of deterrence”, in: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (Eds.) – *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford, SUP, 2005, pp. 287-314.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven – “The economic theory of public enforcement of law”, in: *Journal of Economic Literature*, 38 (1), 2000, pp. 45-76.
- POSNER, Richard A. – “An economic theory of the criminal law”, in: *Columbia Law Review*, 85 (6), 1985, pp. 1193-1231.
- SHAVELL, Steven – “Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent”, in: *Columbia Law Review*, 85 (6), 1985, pp. 1232-1262.
- SHAVELL, Steven – “The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent”, in: *The American Economic Review*, 77 (4), 1987, pp. 584-592.
- STIGLER, Georg J. (1970) – “The optimum enforcement of laws”, in: BECKER, Gary; LANDES, William M. (Eds.) – *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. N.Y., CUP, 1974, pp. 55-67.
- TEICHMAN, Doron – “The optimism bias of the behavioral analysis of crime control”, in: *University of Illinois Law Review*, 5, 2011, pp. 1697-1712.
- VAN DER HELM, Ruud – “Towards a clarification of probability, possibility and plausibility: how semantics could help futures practice to improve”, in: *Foresight*, 8 (3), 2006, pp. 17-27.