

A vítima no processo penal: perspectivas da teoria econômica do crime ¹

The victim in the criminal process: perspectives from the economic theory of crime

Luiz Henrique Urquhart Cademartori²

Reinaldo Denis Viana Barbosa³

Ronaldo David Viana Barbosa⁴

Resumo

O presente artigo propõe reflexão acerca da participação da vítima no processopenal a partir da Análise Econômica do Direito, notadamente da Teoria Econômica do Crime (TEC). O problema enfrentado consiste em identificar o que fundamenta a participação da vítima no processo penal e o potencial que essa participação tem de influenciar a tomada de decisão, na perspectiva da TEC. Verifica-se que a ressignificação da vítima no processo é vista como *enforcement* à abstenção de praticar crimes por atuar como variável demovente ao potencial criminoso. Considera-se, ao final que a nova fórmula matemática que representa a decisão criminosa.

¹ Recebido em: 17/03/2023. Aprovado em: 26/12/2023.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atuou como Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça de Santa Catarina de 2005 a 2006; Foi Avaliador Ad Hoc de Cursos de Direito pelo MEC/INEP entre 1998 e 2013. Atuou como Secretário de Aperfeiçoamento Institucional da SEAI (Secretaria de Aperfeiçoamento Institucional) junto ao Gabinete da Reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina e como Editor da Revista Sequencia - Estudos Jurídicos e Políticos do PPGD UFSC (2016-2018); Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo. Tem experiência na área de Direito Administrativo e Hermenêutica Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo; Direito Constitucional e Filosofia do Direito. É coordenador dos Projetos de Pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política

³ Doutorando e mestre em Direito pela UFSC. Especialista em direito penal e processual penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Advogado. E-mail: reinaldo@advocaciabarbosa.adv.br

⁴ Doutorando e Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Direito pelo CESUSC. Especialização em Direito Processual Civil (UFSC) e em Direito Previdenciário (CESUSC). Servidor Público Federal. ORCID: 0000-0002-6453-2853. E-mail: ronaldo@advocaciabarbosa.adv.br

Palavras-chave: Decisão criminosa; Potencial criminoso; Processo Penal; Teoria Econômica do Crime; Vítima.

Abstract

The article proposes a reflection on the victim's participation in the criminal process from the Economic Analysis of Law, notably the Economic Theory of Crime (ETC). The problem consists of identifying what underpins the victim's participation in the criminal process and the potential said participation has in influencing the decision making process from the perspective of the ETC. It is possible to verify by using the deductive approach, bibliographical and documentary research reveal that the redefinition of the victim in the process is seen as enforcement to deter the commission of crimes by acting as a motivating factor to diminish criminal potential. At the end, a new mathematical formula representing criminal decision-making is proposed.

Keywords: Criminal decision. Criminal potential. Criminal proceedings. Economic Theory of Crime. Victim.

Introdução

Houve período em que inexistia um Estado forte o suficiente para resolver o conflito entre os indivíduos, sendo a vitória comumente associada ao mais forte, ao mais astuto ou ousado. Mas, então, o uso da força pelo próprio indivíduo, sem qualquer interferência, cede lugar à atuação Estatal. Surgimento e desenvolvimento do Estado apontam para o monopólio da vingança. Para Weber⁵, embora a força não se constitua o meio único do Estado, é elemento específico e caracterizador, sendo o Estado essa comunidade humana que se atribui o monopólio legítimo da violência física, no âmbito de seu território.

Com a apropriação do conflito penal pelo Estado ao longo da história⁶,

⁵ WEBER, Max. **Política como vocação**. Tradução de Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

⁶ Diversos autores contribuíram com análises críticas e teóricas sobre a apropriação do conflito penal pelo Estado, como: i) Thomas Hobbes (2019), no "Leviatã", discute o contrato social e o papel do Estado na resolução de conflitos e pacificação em meio à guerra generalizada, defendendo a ideia de que o Estado detém o monopólio do poder coercitivo para manter a ordem social; ii) Michel Foucault (2012) em clássicos como "Vigiar e Punir" e "A História da Sexualidade", discute a relação entre poder, controle social e o sistema penal, destacando a forma como o Estado se apropriou do poder de punir e disciplinar os indivíduos; iii) Norbert Elias (2011), em "O Processo Civilizador", examina a evolução das normas e práticas sociais ao longo do tempo e como o Estado desempenha um papel central na regulação dos conflitos, incluindo o sistema penal; iv) Emile Durkheim (2007), em "As Regras do Método Sociológico", analisa a função social do crime e da punição, argumentando que o sistema penal

a vítima deixou de ser parte envolvida na solução do problema para ser instrumento dela. A satisfação dos seus interesses por ser quem diretamente sofre as lesões com a prática do crime (ao lado de lesões abstratas a bens jurídicos tutelados) deixou de estar em primeiro plano. Há muito tempo a vítima é chamada ao processo para viabilizar o exercício do poder punitivo Estatal, não lhe sendo assegurados quaisquer direitos, sejam de informação ou reparação pelos danos suportados.

Com efeito, o Direito Penal sempre esteve direcionado ao autor. As preocupações criminológicas das diversas escolas lançaram-se a identificar quem era o criminoso e por qual motivo cometia crimes. As abordagens mais críticas questionaram os processos de definição empregados, porém, mais uma vez, a figura do criminoso era o que lhes movia. Até mesmo institutos vistos como destinados a tutelar interesses das vítimas surgiram preocupados com o ofensor. A composição civil dos danos, por exemplo, embora tenha o potencial de reparar o dano causado à vítima, se trata de instituto construído sobre discurso desencarcerador.

Como se fosse jogo de soma zero, na tentativa de demonstrar preocupação com a vítima, o legislador confere-lhe direitos retirando-os dos acusados: criam-se mais e mais tipos penais, endurecem-se as penas, por vezes, com discursos de atenção à vítima, a qual continua a assumir papel instrumental.

Este é, portanto, o cenário sobre o qual serão lançadas as reflexões do presente texto. A análise se dará a partir da Teoria Econômica do Crime (TEC), a qual utiliza pressupostos típicos da Microeconômica para a leitura de questões penais, sugerindo seja a prática delitiva atividade racional, submissa, portanto, a incentivos externos, positivos e negativos. Nessa perspectiva, o crime será cometido pelo sujeito para quem os benefícios envolvidos com a prática superem os custos esperados.

Exatamente sobre essa premissa será desenvolvida a segunda parte do texto, discutindo o impacto da tutela dos interesses da vítima nas

desempenha um papel relevante na manutenção da coesão social e no reforço das normas e valores da sociedade.

discussões político-criminais, na perspectiva da Teoria Econômica do Crime.

1. A Importância da Vítima para a Justiça Penal

A história do Direito Penal pode ser vista como a longa fuga da vingança. Para Beccaria⁷, a história do Direito Penal é a história de progresso gradual, transição da vingança pessoal do indivíduo para a justiça mais racional e proporcional. Nessa perspectiva, tem-se a superação da vingança privada e o nascimento da justiça imparcial, baseada em proporcionalidade e legalidade⁸, buscando proteger os direitos fundamentais do indivíduo, garantindo o processo, além de proporcional, justo.⁹

Nas Idades Média e Moderna, a Justiça era um problema privado, embora não individual. O crime despertava interesse para além dos sujeitos envolvidos, mas limitado a determinado grupo. Com função civilizadora, o Direito Penal procurava proporcionar harmonia social.

A esse modelo privado se adicionou um terceiro mediador, o qual, na busca da harmonia anunciada, passou a ter papel cada vez maior. Nesse caminho, a justiça negociada, cujo objetivo estava na reparação acima da punição, no consenso acima da certeza, foi substituída por justiça hegemônica, cuja finalidade, acima da pacificação social, estava na punição.¹⁰

O Direito Penal, então, passou a ser instrumento de manifestação da punição e da graça do soberano. A partir de quando a solução dos conflitos foi “institucionalizada”, a vítima perdeu importância, vez que a harmonia social deixou de ser a principal finalidade. O objetivo era punir ou perdoar, ambos em manifestação de poder do soberano. Nesse cenário, a vítima foi “coisificada” e chamada ao processo apenas para possibilitar a atuação Estatal.¹¹

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. eBooksBrasil.com. Ridendo Castigat Mores, 2001.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora UnB, 2012.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰ MECCARELLI, Massimo. *El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas en la época del "ius commune"*. In: MADERO, Marta. **Procesos, inquisiciones, pruebas**: homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires: Manantial, 2009, p. 310.

¹¹ LOADER, I. *Consumer Sovereignty, the Victim and the Politics of Restorative Justice*. **Theoretical Criminology**, 3(2), 1999, p. 209-231;

Embora a Criminologia Positivista¹², seja lembrada por muitos como episódio assombroso da história do pensamento criminológico, foi precisamente com Garófalo e Ferri que a vítima passou a ser novamente considerada. Em Beccaria e Bentham, dois dos mais lembrados autores da Criminologia Clássica, percebe-se que a principal preocupação estava na relação agente-crime-pena. Já na Escola Positiva, Ferri, por exemplo, ao sintetizar as contribuições do pensamento positivista criminológico, no livro *Princípios de Direito Criminal*,¹³ deu ênfase ao uso da indenização pecuniária como sanção a favor da vítima.

Fernandes e Fernandes¹⁴ destacam a participação da vítima no âmbito da Justiça Penal em três fases ao longo da história: a primeira delas identificada como a fase da vingança privada ou idade de ouro da vítima; a segunda é, na verdade, fase de não-vítima, caracterizada pela sua neutralização na resolução do conflito com o surgimento do *jus puniendi* do Estado; a terceira, em curso, é identificada pelo novo protagonismo da vítima, chamada, de forma otimista, de a nova idade de ouro da vítima.

A afirmação, contudo, precisa ser vista com cautela. De fato, as legislações penais e processuais penais parecem caminhar na direção de maior atenção à vítima. Inobstante, não significa dizer que a aproximação irá convergir com aqueles interesses identificados na primeira fase, representada pela vingança. Isso porque, paralelamente à preocupação com a vítima, está a já antiga e constante preocupação com o acusado, sendo seus direitos reconhecidos em ritmo muito mais acelerado.

As investigações criminológicas sempre se orientaram muito mais pelo autor do que pela vítima, seja para identificá-lo e puni-lo, seja para

MATHIESEN, T. *The Politics of Abolition Revisited*. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(1), 1997, p. 18-29. CHRISTIE, N. *The Ideal Victim*. In Fattah, E. A. (Ed.), **From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System**. Palgrave Macmillan, 1986.

¹² A criminologia positivista foi uma corrente da criminologia que surgiu no final do século XIX e início do século XX, e tem entre seus principais teóricos autores como Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, dentre outros.

¹³ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitano. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

¹⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

compreender a estrutura social que tem como resultado o comportamento desviado. É dizer, independentemente da motivação da pesquisa, que o objeto sempre foi, em grande medida, direcionado para o autor. Exatamente por isso Hassemer afirma que “o Direito Penal está unilateralmente orientado pelo autor”.¹⁵

Chega-se a essa conclusão ao observar, por exemplo, institutos que aparentemente têm conotação de tutela dos interesses da vítima, como a composição civil dos danos. Embora a satisfação dos interesses da parte lesada seja o produto da transação, a construção do instituto se dá com discurso desencarcerador. A leitura que se faz é que determinados crimes, cuja pena seja pequena, podem ser resolvidos por meio da composição entre agressor e ofendido, a fim de que o acusado não seja submetido ao tratamento do Direito Penal. A ocupação com a vítima está, assim, não na razão de ser do instituto, mas na consequência prática.

Em regra, a vítima surge como preocupação da Justiça Criminal apenas nas lesões de menor relevância social. Mais ainda, somente a estes casos se reserva a possibilidade de atuação direta da vítima na busca dos seus interesses, materializada pela queixa-crime. Em todos os demais casos o início da investigação estará a cargo de órgãos estatais, tomados como verdadeiros procuradores das vítimas.

Esse cenário, construído ao longo de vários anos, está tão arraigado que parece natural ter a figura de representante do Ministério Público decidindo os interesses da vítima, sem ao menos ter contato pessoal com o ofendido. Andrade alerta que as vítimas frequentemente são deixadas de lado pelo Ministério Público, muito mais preocupado na persecução penal, e não necessariamente nos interesses individuais das vítimas¹⁶.

Isso é natural ao considerar que, pelo Princípio da Legalidade, as consequências do crime não podem depender do interesse da vítima, estando

¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 110.

¹⁶ ANDRADE, V. R. P. **A Ilusão De Segurança Jurídica: Do Controle Da Violência à violência do controle penal**. Revan, 2002.

subordinadas ao que foi definido previamente pelo Legislador. O que se questiona, de todo modo, é que a vítima se apresenta ao Estado como “chave” necessária para fazer mover a “engrenagem”, cujo produto esperado é a condenação do acusado.

Se a “chave for girada” para dar conta de um crime de roubo, é de pequena importância, do ponto de vista dogmático, se a coisa vai ser restituída ao lesado. O produto esperado é a pena de reclusão prevista. A coisa subtraída é do particular, mas a punição é do Estado. Isso porque somente ao Estado cabe o exercício da reação jurídico-penal.

Não obstante as críticas possíveis ao modelo de apropriação do conflito pelo Estado, o extremo oposto (a atuação direta da vítima) pode não se apresentar como a melhor alternativa.

Deve-se considerar que na possibilidade de exercício privado da busca de satisfação dos seus interesses, como ocorre na legítima defesa, uma linha muito tênue impede a vítima de ser novo autor, vez que deve observar os limites da exculpante ou, em outros casos, deve atentar para o crime de exercício arbitrário das próprias razões, definido no artigo 345 do Código Penal Brasileiro.

Ademais, além de manifestação privada à violência, respondendo com mais violência, corre-se o risco de arregimentação de mais pessoas sensíveis à causa. Notícias de maus-tratos a animais têm o potencial de levar diversas pessoas aos criadouros clandestinos dispostas a invadir o local, retirar os animais e corrigir os proprietários; violência praticada contra motoristas de aplicativos sensibilizam todos aqueles que se veem como potenciais vítimas a revidar a lesão sofrida como espécie de “exculpante preventiva”, agindo com violência suficiente para que potenciais agressores se sintam desestimulados. Ainda, o deslince “racional” da sensibilização com o sofrimento das vítimas tem sido, como a história recente revela, atuação político-criminal desvinculada dos objetivos declarados¹⁷. Criam-se mais e mais tipos penais, resultando em

¹⁷ Essa visão crítica pode ser observada em autores como Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002) e ainda Baratta (2002).

“elefantíase” da jurisdição penal¹⁸, exasperam-se penas sem estudo e preocupação com o impacto; olhando para casos específicos, flexibilizam-se direitos básicos como a presunção de não culpabilidade.

O resultado da ação legiferante do Parlamento Brasileiro não tem demonstrado alteração, ao menos não latente, na perspectiva de maior atenção à vítima sem menosprezar o autor. Quanto mais pseudodireitos o legislador procura conferir à vítima, retira-o do acusado. É como jogo de soma zero. Contudo, mais uma vez, a vítima parece ser instrumento para perseguição mais severa ao acusado. Os interesses do lesado representam o ingrediente necessário para aumentar o rigor no tratamento ofertado ao autor do delito. Mesmo quando a vítima parece ser protagonista, termina por assumir, ainda, papel meramente instrumental.

Se, de um lado, as reformas penais e processuais penais caminham no sentido de endurecer¹⁹ o tratamento a autores de crimes; de outro, há também alterações legislativas que incluem institutos que se situam no extremo oposto²⁰.

Hassemer sintetiza alterações no Direito Penal alemão que são comuns à realidade brasileira:

A reforma do Direito Penal já nos anos vinte e desde meados dos anos sessenta foi acentuando-se em uma reforma no interesse do autor: as penas privativas de liberdade foram recuando em favor de penas de multa e da suspensão condicional da pena com inúmeras possibilidades de auxílio; foram ampliadas as medidas de correção, a reforma dos fundamentos da execução penal, e o aumento das

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 574.

¹⁹ A Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), por exemplo, a partir das alterações introduzidas nos anos de 2014 e 2019 passaram a estabelecer medidas mais rigorosas no combate ao tráfico de drogas, como o aumento das penas e restrições à concessão de benefícios aos condenados. No mesmo sentido, a Lei 13.964/2019 introduziu diversas alterações do Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal a fim de combater a criminalidade, consubstanciadas no aumento de pena, restrição de benefícios e ampliação de casos de prisão preventiva.

²⁰ Nessa perspectiva podem ser citadas as alterações trazidas pela Lei 12.654/2012, com a alteração de dispositivos do Código Penal para possibilitar a progressão mais rápida para condenados por crimes hediondos, desde que atendidos determinados requisitos; no ano anterior, em 2011, as alterações introduzidas pela Lei 12.433 relacionadas à remissão da pena por atividades educacionais ou laborais no sistema prisional; mais recentemente, a criação da audiência de custódia pela Lei 13.769 consistente na apresentação do preso em flagrante a um juiz dentro do prazo de 24 horas, a fim de que a prisão seja avaliada do ponto de vista da legalidade e necessidade.

hipóteses de exculpantes. As vítimas não encontram motivos para se alegrar nem de longe com tal atenção e com tal compreensão.²¹

Como se observa, embora haja discurso otimista de reencontro da vítima no Processo Penal, nota-se que em um ou outro caminho extremo a preocupação está no autor, e não na vítima; esta, sendo atingida apenas tangencialmente, seja quando há aumento no rigor das políticas criminais, seja quando há recrudescimento punitivo em troca de sistema mais próximo das exigências internacionais afetas aos Direitos Humanos.

A posição da vítima dependerá diretamente da orientação adotada pelo Sistema Penal²². O sistema orientado pela retribuição olhará para o passado, a fim de identificar e medir o sofrimento causado à vítima para, então, medir a extensão do sofrimento, agora legítimo, que será imposto ao ofensor.

Por outro lado, o Sistema caracterizado por abordagem preventiva tende a não se preocupar com a vítima, mas com o autor. Trata-se do olhar para o futuro. Pune-se não como retribuição pelo mal causado, mas como mecanismo de intimidação de potenciais autores, em lógica definida por Feuerbach²³ como coação moral psicológica. Exatamente por isso, eventual redescobrimiento da vítima na justiça penal passará pela ponderação acerca dos fins pretendidos com a pena.

2. Teoria Econômica do Crime e Participação da Vítima

2.1 Pressupostos da Teoria Econômica do Crime

O presente artigo perpassa discussões que ocupam a Análise Econômica do Direito (AED), notadamente a Teoria Econômica do Crime. A AED, que encontrou o seu auge nos Estados Unidos da América (EUA), no

²¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 116.

²² Neste texto, Sistema Penal é compreendido como “aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões direta e indiretamente relacionados com o fenômeno criminal” (Bissoli Filho, 1998, p. 55). Não se refere, portanto, exclusivamente ao conjunto de normas materiais e processuais, mas a todas as instituições e saberes que participam dos processos de criminalização

²³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 60.

final do século XX, com trabalhos desenvolvidos por autores como Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner, alcançou também as discussões acerca do Direito Penal.²⁴

A proposta da TEC é utilizar pressupostos da Ciência Econômica para a leitura do “problema penal”. Embora a discussão tenha ganhado relevância com Gary Becker (1974) a partir da publicação do artigo *Crime and punishment: an economic approach*, é possível encontrar bases do pensamento em clássicos como Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Anselm von Feuerbach.

De modo geral, a Teoria Econômica do Crime sugere que a decisão pela prática delitiva é racional, tomada pelo sujeito para quem os benefícios envolvidos com a prática criminosa sejam maiores do que os custos esperados²⁵. A proposta resulta em mudança de paradigma criminológico, na medida em que qualquer pessoa poderá violar normas penais, diminuindo discussões antropológicas e sociológicas tidas no âmbito das Escolas Criminológicas.

Conforme Viapiana, “[...] na teoria econômica do crime, o evento crime é visto como uma decisão onde são ponderados os benefícios e os custos, e, também, como uma troca intertemporal, entre o benefício imediato e um custo provável no futuro (prisão)”.²⁶

Não se desconsidera a possibilidade de os indivíduos serem influenciados de modos diferentes ao longo de suas vidas. A depender da formação familiar, da escola, da religião, do poder aquisitivo etc., as pessoas deverão reagir de modo diferente quando colocadas em situações semelhantes. A diferença, aqui, está no fato de se considerar que, ao cabo, a decisão será racional, ainda que influenciada por variáveis como as citadas acima. Contudo, dizer que o sujeito é influenciado é sensivelmente diferente de dizer que é determinado.

²⁴ Ronald Coase (1960), Guido Calabresi (1961), Richard Posner (1973).

²⁵ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez.

²⁶ VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso**. 2. ed. México: FCE, 2007.

Nesse sentido, a base da TEC é, de fato, a Escolha Racional: a concepção de que, como anunciavam Beccaria e Bentham, o homem age governado pela dor e pelo prazer. Significa dizer que procurará, racionalmente, aproximar-se daquilo que lhe causa prazer e se afastar do que lhe causa dor.

Assim, todas as decisões, das mais diversas possíveis, para essa abordagem econômica, são tomadas racionalmente: utilizar o celular enquanto dirige, fazer acordos judiciais, pagar impostos, casar-se, ter filhos etc. Afinal, como observa Gico, “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não²⁷”.

Essa análise racional não seria diferente, portanto, quando o objeto estudado é a liberdade. Pressupõe-se que as decisões sejam tomadas a partir de uma escolha racional. É dizer que, diante de dada situação, o comportamento humano estará inclinado a ponderar os custos e os benefícios envolvidos de modo a maximizar o seu bem-estar.

Como está sobre pressupostos da Ciência Econômica, notadamente da Microeconomia, os autores da TEC apresentam variáveis que são racionalmente relevantes na ponderação pelo potencial criminoso. Nesse sentido, Becker ²⁸estabelece que o sujeito leva em consideração a pena legalmente esperada e a probabilidade de que a punição seja efetivamente aplicada. O resultado da multiplicação destas duas variáveis revelará o *trade-off* a ser avaliado.

Sem desconsiderar a influência que outros fatores podem ter sobre os sujeitos, tais como família, educação e religião, essas duas variáveis - pena legalmente esperada e probabilidade de aplicação - parecem servir ao modelo proposto. Se a quantidade de pena fosse suficiente para desestimular a prática

²⁷ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 201, p. 19.

²⁸ BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) *Essays in the Economics of crime and Punishment*. [S.l.]: **National of Economic Research**, 1974. p. 1-54.

do crime, a política criminal encontraria a sua solução simplesmente com a edição de leis.

Enquanto a maximização do bem-estar individual é a motivação da atuação do sujeito, a maximização do bem-estar social é o que justifica, para a TEC, a atuação do Direito Penal. Se o crime impõe custos sociais e, conseqüentemente, diminui o seu bem-estar, a pena é remédio necessário, não por viés retribucionista, mas utilitário.

Desse modo, a aplicação da pena se justifica pela impossibilidade de internalização dos custos envolvidos. A situação de indiferença, típica das relações de responsabilidade civil (valor ótimo de indenização a partir do qual seja indiferente para a parte lesada ter sofrido ou não a lesão), é de impossível aplicação na seara do Direito Penal, vez que, aqui, a intenção não é simplesmente compensar os danos causados, mas dissuadi-los.

Conforme Cooter e Ulen, para os economistas, as sanções se assemelham aos preços²⁹. Assim, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, como reagem aos preços. Se, naturalmente, o consumidor deixa de comprar determinado produto pelo aumento do preço, compreende-se que terá o mesmo efeito quando diante de sanção, praticando menos crimes quanto maior for a pena esperada. O que se pretendeu com as formulações da TEC foi construir um modelo comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.

Para alcançar este objetivo, o homem é visto como maximizador racional de bem-estar. A colocação de Cooter e Ulen, embora forte, parece representar a concepção de criminoso para a TEC: “por ‘pessoa racional e amoral’ queremos dizer alguém que determina cuidadosamente os meios de se produzir fins criminosos sem ser limitado pela culpa ou por uma moralidade internalizada”.³⁰

A prática criminosa, como qualquer decisão que envolva recursos escassos, leva em conta o *trade-off* que considera os custos e benefícios

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

³⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 475.

esperados. Conforme Posner, “[...] uma pessoa comete um delito porque os benefícios esperados do delito para ela superam os custos esperados”³¹. Presume-se que as pessoas aloquem tempo para as atividades criminosas até que os benefícios marginais se igualem aos custos marginais. Ou seja, quando o crime deixa de ser vantajoso para o potencial criminoso.

Mas afinal, quais são os benefícios e os custos envolvidos na decisão pelo crime? Os benefícios variam de acordo com o crime e o criminoso: algumas vezes são monetários, como no furto; outras são psicológicos, como a necessidade de adrenalina ou aprovação do grupo; pode ainda ser a simples satisfação de desejo, como no estupro.

Note-se, portanto, que quando se sugere que o potencial criminoso faz escolhas racionais, nem sempre essa escolha estará relacionada com proveito econômico. Esse comentário responde à frequente crítica feita principalmente em relação aos crimes passionais. Assim, o crime passional poderá ser motivado por maximização de bem-estar para o desviante, desde que não se limite a vantagem a recursos financeiros.

Quanto aos custos, sem pretender estipular rol exaustivo, podem ser materiais (meios físicos para a prática do crime, como a compra de uma arma), psicológicos (culpa, ansiedade, medo) ou ainda relacionados aos custos de oportunidade, que são os benefícios líquidos da atividade legal perdidos durante o planejamento e execução do crime ou cumprimento da pena (como a perda de convivência com a família ou o afastamento do trabalho).

Todas essas variáveis ainda podem ter valores diferentes de pessoa para pessoa. A probabilidade de condenação, por exemplo, pode depender da capacidade do criminoso de ocultar o crime, ou mesmo da atuação do advogado, promotor e juiz. Exatamente por isso a TEC se propõe um modelo.

Se for considerado como exemplo o crime de roubo, para o qual o Código Penal Brasileiro prevê pena mínima de quatro anos de reclusão, e que, supostamente, o índice de resolução dos casos e aplicação da pena seja de

³¹ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 349.

10%, o custo efetivo esperado é obtido multiplicando-se a pena pela probabilidade de aplicação, ou seja, 0,4 anos. Diferentemente da previsão do preceito primário do tipo penal, o custo para o potencial criminoso será representado pela conta acima exemplificada.

2.2 A Indenização à Vítima como Variável do Processo de Decisão

Qualquer trabalho que se lance a investigar a satisfação dos interesses das vítimas de crimes tem potencial de ser, em um extremo, absolutamente denso e, em outro, incompleto. Isso porque os interesses podem ser os mais variados possíveis. Por exemplo, uma vítima pode sentir-se satisfeita com a sentença penal que condene o criminoso a vários anos de reclusão; outra vítima poderá sentir-se satisfeita com o esclarecimento do caso, com a identificação dos motivos de sua escolha; outra, ainda, poderá satisfazer-se somente após a passagem do criminoso pelo sistema prisional, esperando que o tempo de segregação seja suficiente para que não cometa novos crimes.

Um dos interesses, que representa o recorte epistemológico desta abordagem econômica, é dado pela indenização à vítima em decorrência dos danos causados pelo crime. Ainda que não se conceba que alguém aceite ser vítima de crime se garantida compensação pecuniária, admite-se que a satisfação patrimonial tem o potencial de restabelecer, minimamente, o *status quo ante*, seja possibilitando a restituição da coisa nos casos de crimes contra o patrimônio, seja proporcionando, por meio de indenização, prazer suficiente a minimizar a dor psicológica gerada nos demais casos.

Consignou-se que, para a TEC, a decisão pela prática criminosa passa pela avaliação de duas variáveis: pena legalmente esperada e probabilidade de que ela seja efetivamente aplicada. Quanto maior for a pena esperada (efeito dissuasório da pena) e quanto maior for a probabilidade de que ela seja aplicada no caso concreto (probabilidade de condenação), tanto maior será o desincentivo à prática criminosa. É o que representa o jargão “o crime não compensa”.

Uma vez admitida a validade da utilização de pressupostos da

Microeconomia para a leitura do problema penal, tem-se que a possibilidade de participação da vítima para ver-se compensada pelos danos decorrentes do crime tem impacto na variável “efeito dissuasório da pena”. Sendo assim, entre os custos esperados pelo potencial criminoso estará a possibilidade de indenização à vítima.

Em decorrência disso, a equação que até então é representada por $C = p * b$, onde p representa a pena esperada e b representa a probabilidade de aplicação, passará a contar com a variável f , representando a indenização esperada. Portanto, a equação será definida por $C = (p + f) * b$.

Quando a indenização à vítima não for mais “previsão morta” no Processo Penal e passar a ser considerada como parte de resposta Estatal ao crime, acredita-se que passe a ter potencial inibidor da prática delitiva, sem descuidar, contudo, de toda discussão criminológica que circunda a problemática apresentada.

Para a TEC, a partir da equação sugerida acima, tem-se que a devolução da vítima ao Processo Penal, além de diversos reflexos que podem ser identificados por outros pontos de observação, refletirá aumento dos custos esperados pelo potencial criminoso, desincentivando a prática delitiva.

No contexto das reformas processuais penais, o Projeto de Lei n. 8.045/2010, em trâmite da Câmara dos Deputados, que trata do novo Código de Processo Penal, prevê, no artigo 81 e seguintes, a possibilidade de participação da vítima no processo (ou das pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, no caso de morte ou ausência), por meio de advogado constituído, especificamente para requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração³².

Tem-se, portanto, neste tópico, a forma pela qual a TEC identifica a relação entre vítima e processo penal: trazer a vítima para dentro do processo a fim de que a expectativa de indenização resulte em novo custo a ser

³² Projeto de Lei n. 8.045/2010. “A vítima ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória”.

ponderado pelo potencial criminoso, com expectativa de redução da criminalidade pela prevenção. Insiste-se, nessa perspectiva, em continuar oferecendo “papel instrumental” à vítima.

Considerações finais

É evidente como o Direito Penal desenvolveu-se com os “olhos” no autor do delito. Este sempre foi, independente da corrente teórica adotada, o objeto de estudo que ocupou os pensadores ao longo da história. Os objetivos variaram entre identificar o criminoso, compreendendo o que o diferenciava dos “normais”, mas que tinham como centro de atenção o mesmo personagem: o criminoso.

Enquanto se discute o redescobrimto da vítima no processo penal, a proposta do presente artigo foi destacar como a corrente de pensamento da Análise Econômica do Direito pode justificar a participação da vítima no processo para a satisfação dos seus interesses.

Evidenciou-se, pelos fundamentos próprios da Teoria Econômica do Crime, que a vítima continua funcionando, nessa perspectiva, como instrumento de um objetivo considerado maior: a diminuição da quantidade de crimes.

Considerando que a decisão pela prática criminosa é racional, sujeita, portanto, a incentivos positivos ou negativos, garantir que, ao final do processo, o criminoso seja obrigado a indenizar a vítima pelo dano gerado, é aumentar os custos esperados pelo criminoso. Com essa medida, pretende-se influenciar no *trade-off* a ser ponderado pelo potencial criminoso, contribuindo para a consolidação da máxima “o crime não compensa”.

Nesse sentido, se a teoria for verificada, a indenização à vítima nem mesmo será efetivada, vez que a proposta é abordar o crime preventivamente, ou seja, influenciando na decisão do potencial criminoso antes de praticar o ato. Fica evidente, portanto, que nessa visão a tutela dos interesses da vítima é instrumental.

Finalmente, como proposta de pesquisa futura, evidencia-se a

necessidade de ponderar as reformas processuais vivenciadas em países latinoamericanos como o Uruguai, que inseriu, recentemente, instrumentos que consideram igualmente a importância de participação da vítima no processo, mas por fundamento diverso daquele destacado no presente artigo, bem como as propostas inseridas no projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro para atendimento dos interesses da vítima.

Referências

ANDRADE, V. R. P. **A Ilusão De Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Revan, 2002.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. eBooksBrasil.com. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2023.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. *In*: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) *Essays in the Economics of crime and Punishment*. [S.l.]: **National of Economic Research**, 1974. p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625>. Acesso em: 5 mai. 2023.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Bookseller, 2002.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora UnB, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 12 mai. 2023.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 8.045/2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 12 mai. 2023.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CHRISTIE, N. The Ideal Victim. In Fattah, E. A. (Ed.), **From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System**. Palgrave Macmillan, 1986.
DURKHEIM, Emile. **As Regras do Método Sociológico**. Martins Fontes, 2007.
ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização**. Zahar Editores, 2011.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Editora Vozes, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Org. Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro. Martins Fontes, 2019.

LOADER, I. Consumer Sovereignty, the Victim and the Politics of Restorative Justice. **Theoretical Criminology**, 3(2), 1999, p. 209-231.

MATHIESEN, T. The Politics of Abolition Revisited. **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 5(1), 1997, p. 18-29.

MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas en la época del "ius commune". *In*: MADERO, Marta. **Procesos, inquisiciones, pruebas**: homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires: Manantial, 2009.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

RAMÍREZ, Isabel Ximena González; MARTÍNEZ, María Soledad Fuentealba. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. **Revista chilena de derecho y ciencia política**. vol. 4. n. 3. p. 175-210. Septiembre-Diciembre 2013.

URUGUAI. Lei n. 19.293, de 19 de dezembro 2014. **Código del Proceso Penal**. Montevideú, URU. Disponível em <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>. Acesso em: 12 mai. 2023.

URUGUAI. Lei n. 9.155, de 4 de dezembro de 1933. **Código Penal**. Montevideú, URU. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em 12 mai. 2023.

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

WEBER, Max. **Política como vocação**. Trad. Maurício Tragtenberg. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2003.