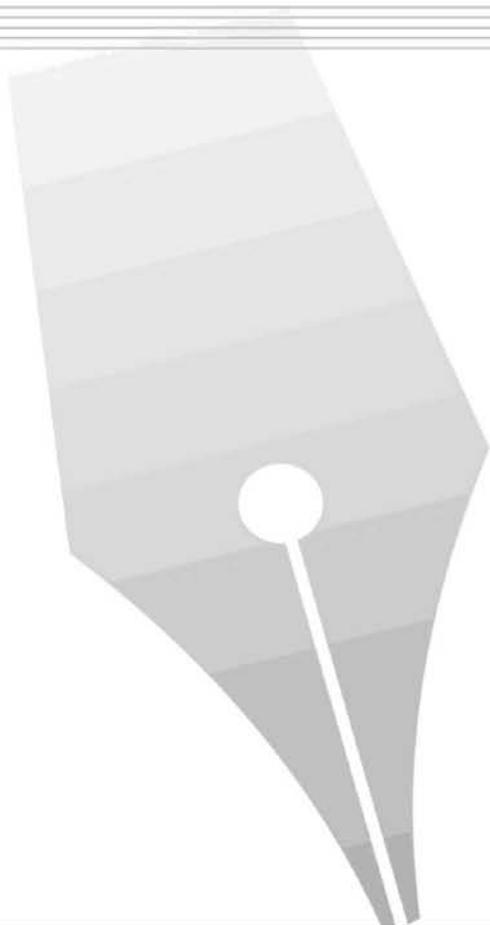


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**A COLABORAÇÃO PREMIADA
COMPENSA?**

Cibele Benevides Guedes da Fonseca
Benjamin Miranda Tabak
Júlio César de Aguiar

Textos para Discussão

181

Agosto/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

FONSECA, C. B. G. *et. al.* **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 31 de agosto de 2015.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMPENSA?

RESUMO

Muito se discute sobre as vantagens e desvantagens, para o réu, em aceitar firmar, com o Ministério Público, acordo de colaboração premiada. O presente artigo centra-se na análise econômica do instituto no direito brasileiro, sopesando os custos e benefícios, tanto para a sociedade, quanto para o investigado, na tomada de decisão sobre a realização do acordo. Para isso, analisam-se os incentivos e os custos da colaboração premiada a partir do equilíbrio de Kaldor-Hicks e da Teoria dos Jogos, mais especificamente o Dilema do Prisioneiro. No geral, comprova-se que a colaboração premiada compensa, sob o ponto de vista da análise econômica do Direito, tanto para a sociedade quanto para o investigado que aceita colaborar, a depender dos incentivos dados.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Colaboração; Delação Premiada; Colaboração Premiada; Análise Econômica do Direito; Kaldor-Hicks; Teoria dos Jogos; Prisão preventiva; Sistema Judiciário; Eficiência; Celeridade Processual.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL	7
3	CORRUPÇÃO E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME.....	10
4	COLABORAÇÃO PREMIADA E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME: UMA ANÁLISE ECONÔMICA	14
4.1.	EQUILÍBRIO DE KALDOR-HICKS E COLABORAÇÃO PREMIADA.....	17
4.2.	TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA	23
4.3	A QUESTÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	27
4.4.	INCENTIVO POSITIVO: UM SISTEMA JUDICIÁRIO INDEPENDENTE, RÁPIDO E EFICIENTE.....	31
5	CONCLUSÃO	35
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMPENSA?

*Cibele Benevides Guedes da Fonseca*¹

*Benjamin Miranda Tabak*²

*Júlio César de Aguiar*³

1 INTRODUÇÃO

A colaboração premiada, popularmente conhecida como “delação premiada”, é um dos temas jurídicos que mais despertam a atenção dos leigos e mesmo dos operadores do direito. Do que se trata? Quais os reais benefícios para o coautor que colabora com a Justiça? É bom para a sociedade que o Estado possa fiar-se na palavra de um criminoso? Que garantias pode ter o Estado de que não está sendo enredado em uma vindita pessoal?

Em resumo, pode-se afirmar que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena ou de concessão de liberdade. Esse tipo de colaboração é altamente importante na investigação de algumas espécies de crimes, como os praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, sempre cometidos sob o manto de silêncio.

A colaboração premiada é um moderno meio de prova recomendado por organismos internacionais como ONU (Organização das Nações Unidas) e GAFI/TAFT (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), e é prevista em tratados internacionais, tais quais a Convenção das Nações

¹ Procuradora da República em Natal/RN. Procuradora Regional Eleitoral Substituta no RN. Presidente do Conselho Penitenciário do RN.

² Consultor Legislativo do Senado Federal e Professor da Universidade Católica de Brasília.

³ Procurador da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Professor da Universidade Católica de Brasília.

Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada (Convenção de Palermo⁴) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida⁵).

O estímulo a que os países passem a albergar o instituto em seus ordenamentos jurídicos parte da premissa de que em casos de crimes graves, normalmente praticados por organizações criminosas e entidades do tipo mafioso, a lei do silêncio (*omertà*) é a garantia de sua impunidade, de modo que a descoberta e o desbaratamento só são possíveis – ou no mínimo menos difíceis – se alguém “de dentro” falar.

Em vários países a colaboração premiada é prevista e aceita, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América⁶, Espanha⁷, Inglaterra, Alemanha⁸, Colômbia e Itália⁹. Neste último, a partir de acordo de colaboração premiada feito pelo Juiz Giovanni Falcone com Tommaso Buscetta¹⁰, foi possível, na década de oitenta, desbaratar a associação mafiosa “*Cosa Nostra*”, com base em Palermo, Sicília. Do mesmo modo, a partir de acordo com Mario Chiesa, na década de noventa, a Justiça italiana pôde prender e punir organização criminosa envolvendo partidos políticos e crimes de

⁴ Introduzida no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, dispondo, em seu artigo 26, que “Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas; (...) b) a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou produto do crime”, podendo cada Estado considerar a possibilidade de reduzir a pena ou de conceder imunidade ao coautor ou partícipe que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de crime praticado por organização criminosa.

⁵ Introduzida em nosso país pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, dispõe, em seu artigo 37, que “Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.” E mais: “Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com presente Convenção”, devendo os países considerar a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação de crimes de corrupção e análogos.

⁶ Poucos sabem que Luck Luciano, preso em Nova York e condenado a quarenta anos de prisão, aceitou colaborar com o serviço secreto americano durante a segunda guerra mundial. *Vide DEL ROIO, José Luiz. Itália: Operação Mãos Limpas. E no Brasil: quando?* São Paulo, Ícone, 1993, pp. 34-36.

⁷ Onde se admite a figura do *delincuente arrependido*, previsto nos artigos 376 e 579 do Código Penal espanhol.

⁸ É o chamado “Kronzeugenregelung”.

⁹ Código de Processo Penal italiano de 1988, artigo 192, § 3º.

¹⁰ Preso no Brasil em setembro de 1983, “é muito bem informado e está furioso, pois sua família, no sentido real da palavra, foi praticamente toda exterminada na recente guerra da Máfia. Inclusive mulheres, fato que, para ele, representa a ruptura de todos os códigos de honra. E colabora com os juízes. Mais alguns outros seguem seu caminho. Isto permitirá que a polícia possa prender centenas de mafiosos e muitos chefes, abrindo um super-processo que condenará umas quatrocentas pessoas.” (DEL ROIO, Op. cit., p. 41)

corrupção arraigados em todo o país, na Operação que se iniciou em Milão¹¹ e que recebeu o nome de “Operação Mãos Limpas” (“*Mani Pulite*”).

O presente artigo abordará o acordo de colaboração premiada sob a ótica da análise econômica do direito, principalmente no que se refere à possibilidade de recuperação do produto do crime pela via do *plea agreement*. Pergunta-se se o que a sociedade perde com o acordo (efetiva aplicação da maior pena possível ao condenado) compensa os benefícios alcançados (recuperação do produto do crime e desbaratamento da organização criminosa), assim como se o acordo compensa, também, sob a ótica do investigado. Para tanto, importante situar o instituto no direito brasileiro, sua aplicação e requisitos para, após, aplicar as ferramentas da análise econômica do direito.

Assim, esta Seção trata da introdução do tema, enquanto que a seção 2 aborda a colaboração premiada no Brasil. A seção 3 cuida da corrupção e recuperação do produto do crime e a seção 4 aborda a análise econômica do direito, revisando os principais conceitos da teoria Microeconômica, sua aplicação ao instituto da colaboração premiada, e qual o papel da prisão preventiva e de um Judiciário eficiente na condição de incentivos à elaboração do acordo. A seção 5 conclui.

2 COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

No Brasil, institutos de natureza premial foram utilizados desde o período colonial, como o caso do Coronel Joaquim Silvério dos Reis, que recebeu da Fazenda Real a anistia de suas dívidas por ter delatado seus companheiros na Inconfidência Mineira. Do mesmo modo, nos anos de ditadura militar, estimulava-se a delação dos que eram contra o regime. Todavia, a colaboração premiada de que ora se trata somente se faz possível em um regime democrático, em que há mecanismos eficientes de controle judicial, e nesse prisma pode-se afirmar que é instituto relativamente recente e pouco utilizado no Brasil.

Com o aumento da criminalidade praticada por organizações criminosas, a legislação brasileira evoluiu da previsão da mera atenuante de pena decorrente da confissão espontânea (artigo 65, III, d do Código Penal), passando a premiar o coautor que colabore com o *Law Enforcement* visando alguma retribuição.

¹¹ Milão ficou conhecida como “Tangentopoli” ou “Bribesville”: “cidade da propina”.

Assim, tal instituto foi previsto nas Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco ou dos crimes contra o Sistema Financeiro, art. 25), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8º¹²), 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, art. 16), 9.034, 3 de maio de 1995 (primeira lei do combate ao Crime Organizado, art. 6º), 9.613, de 3 de março de 1998 (lei dos crimes de Lavagem de dinheiro, art. 1º, § 5º), 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, art. 13), 10.409/2002 (revogada Lei de Tóxicos, art. 32, § 2º), 11.343, de 23 de agosto de 2006 (atual Lei de Tóxicos, art. 41), 12.529, de 30 de novembro de 2011 (nova Lei Antitruste, art. 86), 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção, art. 16¹³) e mais recentemente na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (nova Lei de Combate ao Crime Organizado).

A partir da Lei nº 12.850, de 2013, houve uma mudança da nomenclatura, substituindo-se o termo “delação premiada”, por vezes utilizado de forma preconceituosa para ressaltar um caráter de traição e deslealdade, passando-se a falar em “colaboração premiada”. Isso devido ao fato de parte da doutrina criticar a colaboração do ponto de vista ético. Todavia, tal crítica é inconsistente, na medida em que o Estado não pode renunciar o acesso à prova de crimes graves como os praticados por organizações criminosas apenas para preservar um pacto de lealdade entre criminosos. Como bem afirmou Sergio Moro¹⁴,

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio.

De qualquer forma, o STF já dissipou quaisquer dúvidas acerca da constitucionalidade do instituto, como se vê dos julgamentos dos Habeas Corpus 90.321/SP¹⁵ e 90.688/PR¹⁶.

¹² A Lei dos Crimes Hediondos também inseriu o § 4º ao artigo 159 do Código Penal, prevendo que se o crime de extorsão mediante sequestro fosse cometido por quadrilha ou bando, o coautor o denunciasse à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, teria sua pena reduzida de um a dois terços.

¹³ Tanto a Lei Antitruste como a Lei Anticorrupção fizeram previsão de “Acordos de Leniência”, cuja natureza é similar ao instituto da colaboração premiada, diferenciando-se, apenas, porque se trata de avença formulada entre o Estado e pessoa jurídica.

¹⁴ MORO, Sergio Fernando. *Considerações sobre a Operação Mani Pulite*. R. CEJ. Brasília, n. 26., jul./set. 2004, pp. 58-59.

¹⁵ STF, 2ª Turma, HC 9032/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 2/09/2008 2ª Turma. Publicação: DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008.

¹⁶ STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008.

O artigo 4º da Lei nº 12.850 disciplina o instituto, classificado no artigo 3º como um dos meios de obtenção de prova admitidos no combate ao crime organizado, permitindo ao juiz, a partir de requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A lei prevê que, em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Além disso, a depender da relevância da colaboração prestada, o Ministério Público poderá deixar de denunciar o colaborador, solicitando o arquivamento do Inquérito Policial com pedido de perdão judicial, ou mesmo requerer a aplicação do perdão ainda que não tenha sido objeto da proposta inicial de acordo.

Do mesmo modo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. É uma novidade da lei: a imunidade ao primeiro que falar. Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão do regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para tal.

Assim, no Direito brasileiro, permite-se que o coautor ou partícipe de crime forneça informações à Polícia e ao Ministério Público, mediante acordo escrito, com assessoria de advogado, em troca de benefícios que variam do perdão judicial à redução de pena, cumprimento de pena em regime mais benéfico e até recolhimento em prisão domiciliar, desde que tudo seja homologado judicialmente.

A técnica de realização de acordos de colaboração premiada por escrito e com cunho reparatório foi utilizada pela primeira vez no Brasil em 2003, a partir de iniciativa do Ministério Público Federal no Paraná, quando da investigação do caso

conhecido como “Banestado”¹⁷. Após tal experiência, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA), do Ministério da Justiça, encampou a ideia de réu colaborador, tendo sido, por fim, promulgada a já referida Lei nº 12.850, de 2013 (nova Lei do Crime Organizado), que disciplina o instituto nos moldes de como foi realizado na citada operação.

Do mesmo modo, tem sido utilizado – e aceito pelo Poder Judiciário – o modelo de acordo de colaboração escrito na denominada “Operação Lava Jato”, em trâmite no Estado do Paraná. Também no Estado do Rio Grande do Norte¹⁸ e do Mato Grosso¹⁹ há registros de acordos de colaboração premiada escritos, firmados entre Ministério Público e investigado, com cláusulas claras e benefícios expressos, tudo sujeito à homologação judicial, seguindo o modelo instituído na lei.

Como se vê, a colaboração premiada prevista na nova Lei do combate ao crime organizado é possível em casos de quaisquer crimes cometidos por organização criminosa, como tráfico de entorpecentes, sequestro, cárcere privado, dentre outros. O presente artigo, contudo, enfoca a aplicação do instituto a casos de crimes contra a Administração Pública praticados por organizações criminosas, conhecidos genericamente como crimes de corrupção.

3 CORRUPÇÃO E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME

Como já visto, a Lei nº 12.850, de 2013 (nova Lei do Crime Organizado) previu, em seu artigo 4º, que a colaboração premiada seria possível desde que dela adviessem no mínimo um dentre os seguintes resultados: *a)* identificação dos demais coautores e partícipes e dos crimes por ele praticados; *b)* o esclarecimento da hierarquia da organização; *c)* a prevenção de crimes decorrentes das atividades da organização criminosa; *d)* a localização de eventual vítima viva; e *e)* a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos crimes praticados pela organização delituosa.

Assim, a recuperação do produto do crime pode não ocorrer, eis que a lei elenca hipóteses alternativas. Num crime de sequestro, por exemplo, é possível pensar em

¹⁷ Ação Penal nº 2003.70.00.056661-8, proposta pelo Ministério Público Federal perante a 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, em face do doleiro Alberto Youssef. O acordo de colaboração premiada foi homologada pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro.

¹⁸ Processo nº 0133513-15.2012.8.20.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Natal e Processo nº 0007296-34.2011.4.05.8400, que tramita na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

¹⁹ Caso que ficou conhecido como Operação “Ararath”.

conceder benefícios decorrentes da colaboração feita por um dos comparsas que aponta o local do cativeiro, mas que não sabe indicar onde está o dinheiro que foi entregue a outro coautor. Nesse caso, os bens jurídicos “vida” e “liberdade” se sobrepõem ao bem jurídico “patrimônio”. Todavia, em crimes de corrupção, peculato, crimes praticados por Prefeitos (previstos no Decreto-Lei 201/1967) e crimes contra a Administração Pública em geral, em que há, sempre, dano ao erário, não é recomendável, pela natureza do bem jurídico protegido, a realização de acordo de colaboração premiada sem que haja o retorno, aos cofres públicos, dos valores subtraídos.

De fato, o próprio Código Penal prevê, em seu artigo 91, a título de efeitos da condenação, tanto a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, como a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Assim, o confisco ou perdimento de bens que sejam produto ou proveito de atividades criminosas é um efeito automático da condenação criminal, e não poderia ser diferente, sob pena de consagração do enriquecimento ilícito.

Desse modo, a condenação através de um processo penal clássico por crime de corrupção acarretaria, para o réu, invariavelmente, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, não podendo, portanto, o Ministério Público abrir mão da recuperação dos valores desviados em troca de informações. E assim tem sido feito no Brasil, tanto no caso do Banestado como no caso da Operação Lava Jato: todos os acordos estipulam a devolução, por parte do réu colaborador, do produto do crime, inclusive o que foi objeto de crime de lavagem de dinheiro (patrimônio ilícito do colaborador), tudo isso além da multa aplicada (decorrente, esta, do patrimônio lícito do colaborador).

Tal regra é consentânea com a vertente do Direito denominada “Justiça Restaurativa”, preconizada por Howard Zehr, centrada na reparação do dano, em contraposição à Justiça Criminal meramente retributiva. A chamada Justiça Restaurativa parte da premissa de que *“O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.”*²⁰

²⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 171.

A preocupação com a reparação do dano, de fato, não escapou ao legislador nacional, quando inseriu, na reforma do Código de Processo Penal, o inciso IV ao artigo 387, permitindo ao juiz, quando da prolação da sentença condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, tornando minimamente líquida a sentença penal condenatória.

Veja-se que esta é a tendência absoluta quando se fala de colaboração premiada, principalmente quando se trata de crimes de corrupção e similares praticados por organizações criminosas. A evolução das leis no Brasil se deu nesse sentido, uma vez que as primeiras normas que previram a redução de pena para o réu colaborador se satisfaziam apenas com o auxílio para esclarecimento do crime e identificação dos coautores. As leis mais recentes, porém, ressaltam que o acordo de colaboração premiada deve auxiliar na localização e recuperação do produto do crime. Do mesmo modo no ambiente internacional: a Convenção de Mérida, por exemplo, é expressa ao prever, em seu artigo 37, que a colaboração deve “*contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto*”.

E essa deve ser, de fato, a maior preocupação no que concerne aos delitos de corrupção e similares: a recuperação do produto do crime. São conhecidos por todos os males provocados pela corrupção: ela amplia a exclusão social, deteriora os serviços públicos e vitima uma clientela que não pode se socorrer nos serviços privados ou no livre mercado²¹. Nos países onde há corrupção elevada os níveis de investimento e crescimento econômico diminuem, já que aumenta custos e a incerteza quanto a eles, e tais custos sociais vitimam especialmente as camadas mais pobres da população. De acordo com Paolo Mauro, evidências empíricas sugerem que a corrupção diminui

²¹ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção externou, no seu preâmbulo, a preocupação dos Estados partes sobre o tema: “Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos; convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela: (...)”

investimentos e retarda o crescimento econômico, além de diminuir a qualidade da infraestrutura e dos serviços públicos.²²

No caso da Operação Mãos Limpas, da Itália, estima-se que a massa monetária desviada da economia nacional para a corrupção, num lapso de doze anos, foi, segundo o Instituto Einaudi de Turim, em torno de dez (10) a vinte (20) bilhões de dólares. De acordo com outro estudo, do Professor Franco Cassola, da Universidade de Florença, a cifra desviada teria sido muito maior: dez (10) bilhões de dólares anuais, desde 1980 até 1991, contabilizando 120 (cento e vinte) bilhões de dólares “*que saíram dos balanços negros das empresas para beneficiar políticos*”.²³ O jornalista financeiro italiano Giuseppe Turani, por seu turno, estimou que a corrupção nas décadas de oitenta e noventa na Itália lhe custou um trilhão de dólares.²⁴ No Brasil não é diferente. Em 2010, um estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo apontou que o custo anual da corrupção no país é de 1,38% do PIB²⁵.

Diante dos males à comunidade, à democracia e à saúde financeira do Estado, compreende-se porque se prima, hoje, pela recuperação do produto do crime de corrupção, seja pela via do processo penal clássico, seja pela via da colaboração premiada.

Partindo da premissa, então, de que acordos de colaboração premiada em casos de crimes de corrupção terão como cláusula a devolução, por parte do réu colaborador, de todos os bens e ativos que auferiu como produto do crime, questiona-se: qual o custo-benefício para a sociedade, ao estimular acordos de colaboração premiada visando à recuperação do produto do crime? E sob a ótica do investigado, quais os custos e benefícios ao aceitar o acordo de colaboração, desde que aceite devolver o produto do crime? Tais questões merecem ser iluminadas pelas ferramentas trazidas pela Análise Econômica do Direito.

²² MAURO, Paolo. Why Worry About Corruption? Washington, D.C.: International Monetary Fund, Economic issues, 1997, pp. 6-7.

²³ DEL ROIO, José Luiz. Op. cit., pp. 14 e 90.

²⁴ In MORO, Sergio Fernando. Op. cit., p. 60.

²⁵ <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate>.

4 COLABORAÇÃO PREMIADA E RECUPERAÇÃO DO PRODUTO DO CRIME: UMA ANÁLISE ECONÔMICA

A partir da década de sessenta, principalmente quando da publicação dos artigos de Ronald H. Coase (“*The Problem of Social Cost*”) e de Guido Calabresi (“*Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts*”), houve uma expansão da análise econômica do direito, avançando com a obra de Richard Posner, publicada em 1973, “*Economic Analysis of Law*” e que se consolidou quando os prêmios Nobel de Economia de 1991 e 1992 foram, seguidamente, fundadores dessa corrente (o mesmo Ronald H. Coase e Gary Becker). É considerado por muitos o movimento mais influente no meio jurídico após a segunda guerra mundial²⁶.

A análise econômica do direito aproxima as duas ciências, direito e economia, de uma forma não tradicional. O artigo de Ronald Coase abordou as decisões judiciais nos casos de responsabilidade civil como um problema econômico de alocação de recursos, ou seja, foi realizada uma análise das consequências econômicas de aspectos jurídicos. Gary Becker, em 1968, publicou sua obra “*Crime and Punishment: an Economic Approach*”, tratando do fenômeno criminoso a partir da análise econômica. Com a obra de Richard Posner, entendeu-se ser possível a realização de uma análise econômica para todo e qualquer ramo do direito utilizando-se o método da escolha racional para uma alocação eficiente de recursos escassos. Ou seja, qualquer decisão (divorciar-se, cometer determinado crime, constituir uma empresa, comprar um imóvel, firmar um acordo de colaboração premiada) pode ser analisada sob a ótica de uma escolha que maximize a utilidade de quem decide, desde que ele o faça premido por racionalidade. Assim, tudo se torna passível de ser estudado pela economia.

A análise econômica do direito envolve, desse modo, a utilização de conceitos e definições da economia aplicados ao direito. Para Ivo T. Gico Junior, a AED compreende o

campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.²⁷

²⁶ SALAMA, Bruno Meyerlof. Op. cit., p. 8.

²⁷ GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

Enquanto o operador do direito, há séculos, se ocupa do valor justiça (distribuição e equidade), o economista estuda “*como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências*”²⁸. Assim, de acordo com a análise econômica do direito, todas as atividades humanas, inclusive as que envolvem o direito, podem ser investigadas por meio dos métodos da ciência econômica.

De acordo com Cooter e Ulen,

Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento.²⁹

É possível, desse modo, a partir de uma análise econômica do direito, averiguar como as pessoas reagem às leis, ou seja, a incentivos e sanções, firmando-se como uma verdadeira teoria científica do comportamento humano. Normas jurídicas passam a ser estudadas sob a ótica da eficiência, a partir de uma análise de custo-benefício, e são consideradas incentivos para alterar condutas (como se fossem preços implícitos).

Para que o estudioso do direito possa se utilizar das ferramentas da AED, é necessário que saia da zona de conforto e passe a abordar as questões jurídicas a partir de noções de Teoria Microeconômica e da economia do bem-estar, compreendendo conceitos econômicos como maximização, equilíbrio, eficiência e teorias como a da escolha racional e a dos jogos.

Para Tabak, “A AED procura responder a algumas perguntas essenciais. Primeiramente, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Segundo, se esses efeitos são socialmente desejáveis.”³⁰ Assim, quanto ao presente artigo, questiona-se quais são os efeitos da norma trazida pelo artigo 4º da Lei

²⁸ GICO JR, Ivo T. Op. cit., p. 17.

²⁹ COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. Ed. Bookman, 5ª Ed., p. 25.

³⁰ TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, janeiro/março-2015, pp. 321-345.

nº 12.850, de 2013 (nova Lei do Crime Organizado), tanto para o Estado quanto sob a ótica do colaborador, bem como se esses efeitos são os desejados pela maioria da sociedade.

Há críticos, é certo, a essa ótica racional e econômica. Muitos se preocupam com uma espécie de idolatria da eficiência em prejuízo do valor “justiça”. Contudo, como bem pontua Bruno Meyerlof Salama,

a disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas. Aqui me afasto tanto da visão do Direito e Economia como um conjunto de receitas de bolo (que é ridícula) quanto da visão de que a discussão sobre eficiência seja irrelevante para o Direito (o que é míope, porque a construção normativa não pode estar isolada de suas consequências práticas).³¹

O autor ainda ressalta que até um dos fundadores da Análise Econômica do Direito, Guido Calabresi, “já há muito observou, corretamente, que a hipótese de que o Direito e Economia possa dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é “ridícula”, citando seu artigo “*Thoughts on the Future of Economics*”, publicado no *Journal of legal Education* (v. 33, 1983, p. 363).

Desse modo, menos a reverência absoluta à eficiência e mais uma preocupação sobre as consequências das leis e decisões no mundo real parece nortear os estudiosos de Economia e Direito. Como diz Bruno Meyerlof Salama, “*A questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência na discussão do justo.*”³²

Desta sorte, sem a pretensão de trazer respostas absolutas à questão, o presente artigo visa iluminar – para usar a expressão posta por Salama – o tema da recuperação do produto do crime por meio do acordo de colaboração premiada, a partir de uma análise econômica.

³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia*. In *Cadernos DireitoGV*, v. 5, nº 2, estudo nº 22, 2008, p. 2.

³² Op. cit., p. 3.

4.1. EQUILÍBRIO DE KALDOR-HICKS E COLABORAÇÃO PREMIADA

A Economia é a ciência das escolhas, que são guiadas por um critério de racionalidade, onde o agente visa a maximização da utilidade em satisfazer seu interesse³³. As escolhas são necessárias diante da escassez, e essa é a premissa inicial da análise econômica. Houvesse recursos infinitos e suficientes para atender a todas as demandas, não seria preciso ter que alocá-los. Pois bem, os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, por isso se diz que há uma maximização racional do seu bem-estar.

Assim, parte-se do princípio de que os agentes realizam cálculos de custos e benefícios na hora de decidir algo, optando racionalmente pelo que lhes traga mais benefícios que custos. A ideia de maximização racional norteia, desse modo, toda a teoria econômica. Conforme ensinam Cooter e Ulen

Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam os votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. (...) Escolher a melhor alternativa que as restrições permitem pode ser descrito matematicamente como maximização.³⁴

Pode-se dizer que eficiência é a melhor alocação com um mínimo de dispêndio³⁵. A interação entre agentes racionais maximizadores que buscam a eficiência (maiores benefícios que custos) implica numa tendência de equilíbrio. Vilfredo Pareto, em seu livro *“Manual de Economia Política”*, tratou do equilíbrio econômico, consagrando o que ficou conhecido como o “Ótimo de Pareto”, que consiste no equilíbrio em que nenhuma ação a ser feita melhora a condição dos agentes sem causar prejuízo a outros. Desse modo, se a mudança a ser realizada beneficia uma pessoa sem prejudicar nenhuma outra, a alteração deveria ser feita.

³³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 121.

³⁴ Op. cit., pp. 36-37.

³⁵ GALESKI JUNIOR, Irineu. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 135.

Assim, a eficiência econômica ocorre, segundo o critério de Pareto, somente quando for possível melhorar a situação de um agente (indivíduo, grupo de pessoas, comunidade, entes privados, Estado ou sociedade) sem prejudicar outro. A partir do momento em que resta impossível melhorar a situação do agente sem prejudicar terceiros, a situação passa a ser ineficiente, necessitando de ajustes.

Segundo Tabak “o conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. (...) Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade.”³⁶ Como, na prática, a unanimidade é utópica, uma situação Pareto-eficiente é praticamente impossível. Com efeito, “pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade e isso é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de políticas públicas.”³⁷

Diante disso, os economistas se utilizam de um critério de eficiência menos rígido, chamado de “Melhoria Potencial de Pareto” ou “Eficiência de Kaldor-Hicks”. Os estudos de Nicholas Kaldor e John Hicks, que ficaram conhecidos como o “Teorema de Kaldor-Hicks”, permitem que mudanças sejam feitas mesmo que haja perdedores, desde que exista a possibilidade de compensá-los por suas perdas.

De acordo com Cooter e Ulen,

Insatisfeitos com o critério de Pareto, os economistas desenvolveram a noção de uma melhoria potencial de Pareto (às vezes chamada de eficiência de Kaldor-Hicks). (...) uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem. Se essa condição for cumprida, os ganhadores podem, em princípio, indenizar os perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível, em princípio. Esta é, essencialmente, a técnica da análise de custo-benefício.³⁸

³⁶ Op. cit., p. 324.

³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit., p. 20.

³⁸ Op. cit., p. 64.

Tabak define a eficiência de Kaldor-Hicks como sendo

a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks. Assim, a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. (...) Se a situação é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, os benefícios sociais são maiores que os custos sociais.³⁹

Veja-se, ainda, o seguinte exemplo de equilíbrio de Kaldor-Hicks trazido por Salama:

A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (“os ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”.⁴⁰

A colaboração premiada pode ser eficiente sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks. Com efeito, os benefícios para a sociedade são superiores aos custos. Do mesmo modo, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas. Há um equilíbrio nessa interação, cada agente maximizando seu interesse, e aparentemente havendo custos que podem ser compensados.

O corrupto gera um custo social enorme à sociedade, não só pelo aspecto do patrimônio público desviado, mas também pelo exemplo nos casos de impunidade. Se o Direito é um indutor de comportamentos, é importante saber se a colaboração premiada induzirá comportamentos desejáveis, ou seja, se evitará que as pessoas pratiquem novos crimes. A colaboração é benéfica para a sociedade porque, a par de recuperar os valores extirpados, desincentiva as pessoas a se associarem em quadrilha para os fins de cometer crime de corrupção. Isso porque passa a ser alto o custo de se associar ao bando sabendo que, se um dos membros for investigado ou processado, receberá do Estado proposta atraente para delatar o esquema criminoso. Tem-se aí um efeito dissuasivo da colaboração, no sentido de evitar que as pessoas componham organizações criminosas.

³⁹ Op. cit., p. 325.

⁴⁰ Op. cit., p. 21.

Em artigo denominado “*The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence*”, Yehonatan Givati diz que,

na teoria, o *plea bargaining* ocasiona dois efeitos na dissuasão: por um lado, sentenças com penas mais baixas são impostas aos que confessam sua culpa, o que reduz a *deterrence*. Por outro lado, quando o *plea bargaining* é utilizado não há necessidade de esperar um longo julgamento para condenar um réu, então com os mesmos recursos mais condenações podem ser obtidas, o que, em outras palavras, aumenta a probabilidade de condenações, e isso fatalmente aumenta a dissuasão.⁴¹

Segundo Fillipe Azevedo Rodrigues, a principal função da pena

é a dissuasão para a abordagem econômica do Direito Penal, pois se demonstrou como a modalidade com maior potencial de eficiência ao lado da reparação (embora de difícil solvência e quantificação nos crimes violentos). Com relação às demais, diga-se: (i) a reabilitação, ineficaz; (ii) a incapacitação, onerosa em excesso; e (iii) a retribuição, de elevado custo social.⁴²

Recuperar os recursos públicos desviados reduz os incentivos do crime, aumentando, assim, seus custos. Isso faz com que a criminalidade organizada tenda a diminuir, eis que se sabe que, ao ser pego, há chances de se perder tudo o que foi conquistado ilicitamente. Além disso, a recuperação célere e eficaz do produto do crime de corrupção, como já dito, traz benefícios para a sociedade, uma vez que a tradição jurídica brasileira só permite a perda dos bens ilícitos após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que leva anos para acontecer – quando acontece – no Brasil. A menos que tenha sido decretada a indisponibilidade cautelar dos bens – ressalte-se que essa não é uma prática comum no Judiciário brasileiro – o acusado tem tempo de desfazer-se de seus bens e, caso definitivamente condenado, apresentar-se a cumprir a pena sem qualquer patrimônio em seu nome. O prejuízo ao Estado e à sociedade é visível.

⁴¹ GIVATI, Yehonatan. *The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence*. Discussion Paper nº 39, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, 2011. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center, p. 21.

⁴² Op. cit., p. 79.

De acordo com Tabak,

A corrupção afeta negativamente tanto os custos diretos quanto os indiretos. Uma lei que beneficie os denunciadores mediante recompensa pode aumentar os benefícios privados, induzindo os agentes a denunciarem sempre que tiverem conhecimento de casos de corrupção. (...) Com uma lei desse tipo, as pessoas são induzidas a denunciar casos de corrupção, o que aumenta a chance de recuperação de recursos públicos desviados. (...) a sociedade recupera ao menos parcialmente os recursos desviados, e os denunciadores, que propiciaram essa recuperação, recebem uma recompensa pelo esforço.⁴³

O autor trata de projeto de lei hipotético sobre denunciadores de crimes que deles não participaram. Não obstante, pode-se raciocinar do mesmo modo que Tabak com relação à colaboração premiada, ou seja, o Estado pode incentivar os coautores de crimes a confessá-los e colaborar com o *Law Enforcement* para desbaratar organizações criminosas, ajudando a recuperar o produto do crime. A recompensa há que ser a que está prevista na lei: perdão judicial, redução de penas (inclusive da de multa), cumprimento da pena em regime mais benéfico etc.

O benefício para a sociedade supera o custo de propor a colaboração, que consiste basicamente em negociar com um criminoso o perdão judicial ou a redução de sua pena. Perde-se um pouco o efeito punitivo em prol do efeito restaurativo. Todavia, com o sistema prisional brasileiro decadente, superlotado e, em regra, ineficiente na ressocialização, vê-se que ao Estado até interessa não impor longas penas privativas de liberdade. De acordo com Fillipe Azevedo Rodrigues, ao abordar o tema do sistema penitenciário ótimo sob o prisma da análise econômica,

Os problemas estruturais são muitos. A malversação dos recursos estatais é latente. Os orçamentos públicos apresentam despesas provisionadas em média de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por preso, enquanto se vê uma realidade extremamente miserável nas unidades penitenciárias, bem distante do valor declarado. Coincidentemente, a pecha dada pela sociedade ao sistema penitenciário é de que ele se encontra falido, o que representa o interesse pela sua reorganização administrativa, possível sob o prisma de fundamentos econômicos.⁴⁴

⁴³ Op. cit., p. 327.

⁴⁴ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey: 2014, pp. 109-110.

E essa tendência de reparar o dano em detrimento de encarcerar o criminoso foi, inclusive, defendida por Gary Becker, ao enfatizar que o bem-estar social é aumentado quando as multas são usadas sempre que possível:

social welfare is increased if fines are used whenever feasible. In the first place, probation and institutionalization use up social resources, and fines do not, since the latter are basically just transfer payments, while the former use resources in the form of guards, supervisory personnel, probation officers, and the offenders 'own time'.⁴⁵

Com relação ao crime de corrupção, porém, até mesmo estudiosos da Análise Econômica do Direito concluem que sanções não monetárias, como a prisão, são a única solução para sua efetiva dissuasão⁴⁶, devendo o Estado acusador, assim, ponderar, caso a caso, o custo-benefício de abrir mão do encarceramento do investigado por crime de corrupção.

O Ministério Público Federal, na página criada para informar à sociedade acerca da Operação Lava Jato, esclarece que

Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade.⁴⁷

Há, assim, por parte dos Procuradores da República com atuação na Operação Lava Jato, uma clara opção pela análise econômica, caso a caso, da realização de acordos de colaboração premiada.

⁴⁵ BECKER, Gary Stanley; Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal Of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (Mar.-Apr., 1968) , pp. 169-217, p. 28.

⁴⁶ GAROUPA, Nuno; KLERMAN, Daniel. Corruption and The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions. Los Angeles: University of Southern California Law School (Cleo Research Paper Series Law & Economics Research Paper Series – Paper nºC01-4 e 1-9), disponível em http://papers.ssrn.com/abstract_id=276117. Acesso em 14 de junho de 2015.

⁴⁷ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>. Último acesso em 15 de junho de 2015.

Tal operação, considerada a maior no que se refere ao combate à corrupção no Brasil⁴⁸, trata – até o fechamento deste artigo – de 28 (vinte e oito) denúncias pela prática de crimes de corrupção, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Tráfico Transnacional de Drogas, Formação de Organização Criminosa e Lavagem de Ativos, dentre outros delitos, tendo sido ofertadas ações penais contra 128 (cento e vinte e oito pessoas) e cinco acusações de improbidade administrativa contra 41 (quarenta e uma) pessoas e empresas, pedindo o pagamento de 4,47 bilhões de reais. Os delitos já denunciados envolvem o desvio de cerca de 2,1 bilhões de reais, tendo sido já efetivamente recuperados, por meio dos acordos de colaboração premiada, o valor de 500 milhões de reais⁴⁹, com R\$ 200 milhões em bens dos acusados bloqueados.

É possível, portanto, que haja mais benefícios que custos para a sociedade ao propor e efetivamente realizar acordo de colaboração premiada. Há um efeito dissuasivo do crime, além de ser possível a recuperação, ainda que parcial, do produto do crime, de uma forma célere, com a possibilidade de desbaratamento de organização criminosa.

4.2. TEORIA DOS JOGOS E COLABORAÇÃO PREMIADA

E para o acusado? Colaborar compensa? Bem, em seu raciocínio maximizador, ele ponderará que tem um benefício (não ser ou não permanecer preso, não ser processado ou receber uma pena baixa) e um custo (confessar e perder os bens adquiridos ilicitamente). Ele vai colaborar desde que isso valha a pena.

A anistia para o primeiro que colaborar com o Ministério Público, trazida pela lei, é um excelente incentivo ao comportamento colaborador, pois o criminoso tem que computar como custo o risco de que seu comparsa – também investigado – vai delatar antes que ele. É precisamente o principal exemplo da Teoria dos Jogos: o Dilema do Prisioneiro.

A Teoria dos Jogos, ferramenta bastante utilizada na ciência econômica, é um método que ajuda a compreender o comportamento estratégico e não aleatório dos agentes que interagem entre si. Sua origem é atribuída ao matemático Von Neumann no artigo “*Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*”, de 1928, consagrando-se com a publicação da obra “*The Theory of Games and Economic Behavior*”, publicada em coautoria com

⁴⁸ <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Último acesso em 15 de junho de 2015.

⁴⁹ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Último acesso em 15 de junho de 2015.

Oskar Morgenstern em 1944. Todavia, como referida obra se aplica a jogos de soma zero, foi com os estudos de John Nash, John C. Harsanyi e Richard Selten, vencedores do Prêmio Nobel de Economia no ano de 1994, que a Teoria dos Jogos se consolidou com o conceito de equilíbrio.⁵⁰ Segundo tal teoria, “*toda interação entre agentes racionais que se comportam estrategicamente pode ser conceituada como jogo*”⁵¹ e possui os seguintes pressupostos, segundo Cooter e Ulen: jogadores, as estratégias de cada jogador e os *payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia⁵²

Há vários exemplos de jogos, profundamente analisados por Richard H. McAdams em seu artigo “*Beyond the Prisoners’ Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*”, tais quais “The Assurance or Stag Hunt Game”, “The Battle of The Sexes Game” e “The Hawk-Dove or Chicken Game”⁵³ porém o mais lembrado e utilizado é o “Prisoners’ Dilemma” (o Dilema dos Prisioneiros). Cooter e Ulen explicam-no:

Duas pessoas, o Suspeito 1 e o Suspeito 2, conspiram para cometer um crime. Eles são detidos pela polícia fora do local onde o crime foi cometido, levados à delegacia de polícia e colocados em salas separadas, de modo que não podem se comunicar. As autoridades os interrogam individualmente e tentam jogar um suspeito contra o outro. As provas existentes contra eles são circunstanciais – estavam simplesmente no lugar errado na hora errada. Se o promotor precisar ir para o julgamento só com essas provas, os suspeitos terão de ser acusados de uma transgressão de menor peso e receberão uma punição relativamente leve – digamos, 1 ano de prisão. O promotor preferiria que um dos suspeitos ou ambos confessassem o crime mais grave que se acredita tenham cometido. Especificamente, se um dos suspeitos confessar (e, com isso, implicar o outro) e o outro não, o não confessor receberá 7 anos de prisão, e, como recompensa por assistir o Estado, o confessor só receberá meio ano de prisão. Se ambos os suspeitos forem induzidos a confessar, cada um ficará 5 anos na prisão. O que cada suspeito deveria fazer – confessar ou ficar calado?⁵⁴

⁵⁰ BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Teoria dos Jogos*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 112.

⁵¹ BECUE, Sabrina Maria Fadel. Op. cit., p. 112.

⁵² Op. cit., p. 56.

⁵³ McADAMS, Richard H. *Beyond the Prisoner’s Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*. 82 Southern California Law Review 209 (2009).

⁵⁴ Op. cit., pp. 56-57.

Segundo Richard H. McAdams, ao analisar o Dilema do Prisioneiro, é melhor, de fato, ser sempre o primeiro a confessar e colaborar com a Justiça: “*In PD (Prisoners’ Dilemma), a prisoner always does better by confessing and does best by being the only one to confess.*”⁵⁵ De fato, seja por meio da matriz de *pay offs*, seja por meio da árvore de decisão, a estratégia dominante sempre será confessar primeiro, pois isso sempre significará menos tempo de prisão:

		Suspeito 1	
		Confessar	Ficar Calado
Suspeito 2	Confessar	-5	-7
	Ficar calado	-0,5	-1

Fonte: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 57.

Com efeito, a opção com o melhor *pay off* é a de ambos os suspeitos confessarem, sendo esta, então, a estratégia dominante. Cooter e Ulen explicam:

o que o Suspeito 1 deveria fazer se o Suspeito 2 confessar? Se ele ficar calado quando o Suspeito 2 confessar, passará 7 anos na prisão. Se confessar quando o Suspeito 2 confessar, passará 5 anos na prisão. Portanto, se o Suspeito 2 confessar, está claro que a melhor coisa que o Suspeito 1 poderá fazer é confessar. Mas e se o Suspeito 2 adotar a estratégia alternativa de ficar calado? Qual é a melhor coisa que o Suspeito 1 poderá fazer então? Se o Suspeito 2 ficar calado e o Suspeito 1 confessar, ele cumprirá só meio ano de prisão, se ficar calado quando o Suspeito 2 ficar calado, ficará 1 ano na prisão. Mais uma vez, a melhor coisa para o Suspeito 1 fazer se o outro suspeito ficar calado é confessar. Portanto, o Suspeito 1 sempre irá confessar. Independentemente do que o outro jogador fizer, confessar sempre significará menos tempo de prisão para ele.”⁵⁶ Tem-se, aí, o “Equilíbrio de Nash”, pois nenhum jogador individualmente pode se sair melhor mudando seu comportamento desde que os outros jogadores não mudem o deles.⁵⁷

⁵⁵ McADAMS, Richard H. Op. cit., p. 224.

⁵⁶ Op. cit., p. 57.

⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 58.

Assim, no caso da colaboração premiada, o réu terá que ponderar se delata ou não o esquema de corrupção, sabendo que os demais coautores serão alvo da mesma proposta, e devendo contabilizar que, se um deles colaborar antes com o Ministério Público, receberá o perdão judicial, ou seja, não será considerado culpado, já que sequer terá contra si instaurado processo penal.

O Estado-acusador deverá, então, sempre, desenhar um mecanismo bem claro de incentivo para que o réu decida colaborar, de preferência informando quantos anos a menos de pena privativa de liberdade por cada informação sobre nomes e bens, para trazer agentes que não cooperam (em tese, criminosos) para que passem a cooperar com a sociedade.

Sob a ótica do réu, ele precisa decidir se confessa e colabora com o Ministério Público, identificando os coautores e partícipes e indicando os bens e ativos produtos dos crimes praticados, sabendo do risco de que seu comparsa está sob o mesmo dilema, e que se ele decidir colaborar, irá enredá-lo. Há, portanto, um incentivo à colaboração: saber que o coautor recebeu proposta de colaboração premiada. Essa tendência de aumento exponencial do número de delatores, que aconteceu, inclusive, na Operação Lava Jato e na Operação Mãos Limpas, da Itália, pode ser explicada pelo viés cognitivo que a psicologia denomina de “Efeito adesão”, que seria a tendência de fazer coisas porque muitas outras pessoas assim o fazem, e é o que costuma acontecer nos casos em que há colaboração premiada.

De acordo com a análise econômica do direito, o réu vai sopesar os custos e benefícios de fazê-lo: o benefício de dismantelar a organização criminosa e recuperar o produto do delito recai sobre toda a sociedade, visto que – conforme pontuado acima – a corrupção gera custos sociais altíssimos; já os custos privados de não colaborar são altos para o réu se este se encontrar preso preventivamente e forem robustas as provas contra si apresentadas. Assim, o réu deverá analisar se o benefício de ser solto, colocado em prisão domiciliar, ou ter a pena reduzida, supera os custos privados de delatar um esquema do qual participou, reconhecendo sua culpa, indicando seus bens ilícitos e apontando os comparsas.

Na primeira sentença proferida no caso da Operação Lava Jato⁵⁸, oito pessoas foram condenadas à prisão, em um processo célere para os padrões da Justiça brasileira (cerca de um ano entre denúncia e sentença), sendo que seis desses réus deverão pagar uma indenização de quase 19 (dezenove) milhões de reais à Petrobras para compensar os prejuízos sofridos por causa dos desvios sofridos pela companhia. Os primeiros réus colaboradores, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por seu turno, foram condenados, respectivamente – apenas nesse processo, eis que outros ainda serão julgados – a penas de nove anos e dois meses de prisão e sete anos e seis meses de prisão. O regime de pena acima de quatro anos impede a substituição por pena restritiva de direitos e a pena acima de oito anos tem que ser cumprida em regime inicialmente fechado. Porém ambos cumprirão apenas as penas acertadas no acordo de colaboração premiada que fizeram: Alberto Youssef cumprirá três anos de reclusão em regime fechado, estando atualmente em prisão domiciliar; e Paulo Roberto Costa cumprirá um ano de prisão domiciliar e, em seguida, um ano recolhendo-se ao domicílio apenas nos finais de semana.

Em 6 de maio de 2015 sobreveio a segunda sentença proferida pela 13ª Vara Federal de Curitiba na Operação Lava Jato⁵⁹, condenando, desta feita, quatro pessoas pelo crime de lavagem de dinheiro, dentre os quais o réu colaborador Alberto Youssef. Este foi condenado à pena de cinco anos de reclusão, em regime fechado, reduzida para três anos em razão dos termos do acordo de colaboração premiada. Ou seja, na prática, os réus que colaboraram – ainda que abrindo mão dos bens adquiridos ilicitamente – estão em situação melhor do que os que não colaboraram. Colaborar foi, então, de fato, a melhor estratégia.

4.3 A QUESTÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme Nuno Garoupa, os indivíduos respondem significativamente aos incentivos criados pelo sistema de justiça criminal.⁶⁰ Diante disso, pergunta-se: a decretação da prisão preventiva é um incentivo a que o investigado aceite firmar o acordo de colaboração premiada? Os críticos do instituto argumentam que o acordo só se faz possível, no caso de crimes do colarinho branco ou corrupção, porque o Estado-Juiz determina a prisão preventiva de réus que, se estivessem soltos, não se sentiriam forçados a delatar seus comparsas e todo o esquema criminoso.

⁵⁸ Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, proferida em 22 de abril de 2015 pelo Juiz Federal Sergio Fernando Moro, titular da 13ª Vara da Seção Judiciária de Curitiba, Paraná.

⁵⁹ Ação Penal nº 5047229-77.2014.4.04.7000/PR.

⁶⁰ GAROUPA, Nuno. An economic analysis of criminal law. *In: Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Ed.: Aristides Hatzis, 2004, p. 2.

O Estado não pode obrigar alguém a colaborar. Todas as normas a respeito do instituto falam em colaboração voluntária, e não poderia ser diferente em um Estado democrático de direito. Assim, não se pode usar a prisão preventiva para forçar alguém a falar; não se prende alguém buscando que colabore com o Ministério Público.

A prisão preventiva possui fundamentos especiais, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, e somente pode ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sempre que houver prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria.

Contudo, estando presentes os requisitos para a decretação da prisão cautelar, não há qualquer óbice a que o Estado acusador busque estimular o investigado preso a realizar o acordo, do mesmo modo que o Juiz, em um interrogatório, adverte o acusado acerca dos benefícios da confissão, restando ao réu e ao seu defensor sopesar o custo-benefício de confessar e, no caso em questão, de colaborar com a Justiça.

Sergio Moro trata bem do tema ao argumentar que

Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos.

Desde que presentes os seus pressupostos, não há óbice moral em submeter o investigado a ela. Roberto Mongini, um dos primeiros a serem presos pela mani pulite, assim se pronunciou a respeito do que teria provocado a sua confissão:

Um Mongini em São Vittore (a prisão milanesa) é algo bastante diferente de um Mongini livre. Por exemplo, comigo na prisão, se os jornais divulgassem que eu estava confessando (como de fato alguns jornais divulgaram, após o primeiro interrogatório quando eu realmente não forneci qualquer informação), talvez alguns empresários que tivessem trabalhado com a SEA (órgão do qual Monigi era vice-presidente) ficassem com medo e corressem aos procuradores públicos antes que os ‘carabinieri’ corressem atrás deles.⁶¹

⁶¹ MORO, Sergio Fernando. Op. cit., pp. 58-59.

O mesmo Roberto Mongini, em entrevista a José Luiz Del Roio, perguntado sobre os motivos que levaram praticamente todos os presos da Operação Mãos Limpas a falar, respondeu:

Porque eram pessoas às quais nunca passou pela cabeça irem parar em San Vittore. Logo, o efeito é traumático. Este é o grande problema da prisão preventiva existente na operação Mani Pulite, se isso garante ou não os direitos do interrogado. Sempre disse que esses juízes usam a prisão preventiva de uma maneira muito forte, em alguns casos é excessiva, poderiam não aplicá-la. Mas a verdade é que a única maneira de demonstrar o podre que existia era o uso impiedoso deste método. Se tivéssemos apenas recebido um aviso de que estão indagando sobre nós, daríamos boas risadas. Mas indo para a cela, a gente começa a refletir: “Mas por que continuar aqui?” (...) Foi o problema que me pus, nos dezessete dias que passei em San Vittore. Por duas semanas resisti, depois pensei: “Mas quem defendo? Um sistema que está ruindo, chefes que são piores do que eu, defendo o que? Dou uma de herói por que?” Por isso, a pessoa tende a falar.⁶²

Segundo Elena Paciotti, ex-presidente da Associação de Magistrados da Itália, as prisões preventivas realizadas na Operação Mãos Limpas foram procedimentos

legais, consentidos e realizados dentro da lei. São legítimos e é evidente que são eficazes, em confronto com uma criminalidade do poder. Perante as pessoas que não estão habituadas a sofrer sanções, a cadeia é um instrumento de dissuasão muito eficaz. Quanto a isto ser justo, é um discurso muito difícil. A população considera justo. Não existe nenhuma razão pela qual, enquanto o traficante de droga é preso e deve pagar toda a pena, o mesmo não aconteça para os crimes econômicos.⁶³

Falando em Operação Mãos Limpas, já foi dito que a primeira colaboração premiada, em 1992, foi feita por Mario Chiesa. Segundo DEL ROIO,

Primeiro hóspede ilustre dos muitos que o seguiriam na cadeia de San Vittore, Chiesa tem tempo de pensar. Sua situação é difícil, as provas esmagadoras. O partido não se move para defendê-lo. (...) Depois de mais de um mês, resolve pedir um colóquio com Di Pietro e conta tudo. Havia começado a operação mãos limpas.⁶⁴

⁶² DEL ROIO, José Luiz. Op. cit., p. 106.

⁶³ DEL ROIO, José Luiz. Op. cit., pp. 119-120.

⁶⁴ Op. cit., p. 80.

E continua:

As confissões de Chiesa se revelam um fio que, sendo puxado, desmonta todo um tecido. Um encarceramento leva a outros. (...) E todos falam, alguns imediatamente, outros depois de semanas, mas falam. Di Pietro lança um apelo para que os empresários se apresentem espontaneamente, para depor, antes de serem presos. Um jornalista lhe pergunta se o apelo surtiu efeito. Responde ironicamente que foi necessário distribuir senhas numeradas nas filas que se formavam na porta dos juízes.⁶⁵

Ou seja, mesmo estando em liberdade, a depender da qualidade e quantidade de provas existentes, da crença de que o Estado não tolerará os crimes e já tendo alguém realizado acordo de colaboração premiada, as pessoas envolvidas podem se interessar em também colaborar com a justiça. Foi o que houve, inclusive, no Brasil, no caso da Operação Lava Jato. De dezessete acordos de colaboração premiada realizados até o término do presente artigo, treze haviam sido firmados com colaboradores que não foram presos. Na realidade, houve inclusive um acordo de colaboração premiada firmado após a saída do acusado da prisão: o caso do empresário Ricardo Pessoa, dono da UTC Engenharia.

Não se pode, todavia, deixar de pontuar que a prisão preventiva de uma pessoa cujo valor “liberdade” é crucial, de fato a impele a fazer concessões para sair do encarceramento, ou mesmo para evitá-lo. É uma análise de custo-benefício. Se já foi decretada a sua prisão preventiva, é porque há fortes provas acerca da materialidade e autoria (já que estes são pressupostos para a prisão cautelar). Se se trata de organização criminosa envolvida em crimes de corrupção, seus membros usualmente são pessoas de diferenciado poder aquisitivo, consumidores de bens e serviços de alto padrão, que nunca se viram presas no medieval sistema penitenciário brasileiro.

Nestas condições, o custo de ficar preso quando já há provas robustas contra si é alto demais. Talvez o custo de ficar preso seja baixo para um agente que pratica tráfico de entorpecentes, já custodiado várias vezes anteriormente, ostentando vasta lista de antecedentes criminais, e que possui condições de continuar a liderar sua organização criminosa de dentro das paredes do presídio. Nesse caso, melhor não delatar e manter seu patrimônio ilicitamente adquirido protegido.

⁶⁵ Op. cit., p. 81.

Pontue-se: não se está aqui a defender que se prendam pessoas para que colaborem com a Justiça. Porém, a partir de uma análise de custo-benefício, é correto afirmar que, em caso de crimes do colarinho branco, de corrupção, peculato, contra o sistema financeiro, praticados por organizações criminosas, o Estado deve analisar a hipótese de propor acordo de colaboração premiada ao investigado já preso.

O custo de perder a liberdade, para os criminosos de colarinho branco, é alto, e muito mais se essa perda é atual. Com efeito, como ensina Tabak, nos casos de taxas de desconto hiperbólicas “*o futuro tem peso pequeno comparado ao presente*”⁶⁶, de modo que a ameaça de ser preso após um longo trâmite processual, em um sistema que leva anos para que ocorra o trânsito em julgado, é desconsiderada pelo agente, enquanto que a prisão preventiva, no presente, o induz a tender a evitar, a qualquer preço, esse custo.

A proposta não pode ser obtida mediante coação e o devido processo legal sempre deve ser respeitado, garantindo-se ao preso o direito de não se autoincriminar, cabendo a ele e ao seu advogado realizar uma análise de custo-benefício, a partir das provas presentes nos autos, sobre a conveniência e oportunidade de colaboração com a Justiça.

4.4. INCENTIVO POSITIVO: UM SISTEMA JUDICIÁRIO INDEPENDENTE, RÁPIDO E EFICIENTE

Ao que parece, menos a prisão e mais o exemplo de um Sistema Judiciário⁶⁷ ágil, célere e independente parece constituir incentivo positivo à realização de acordos de colaboração premiada. Afinal, precedentes importam.

No Brasil, os recentes casos das Ações Penais 470 (“Caso Mensalão”), 396 (“Caso Natan Donadon”) e mais recentemente a já citada Operação Lava Jato, são exemplos de que é possível uma persecução penal eficiente, visando ao enfraquecimento de esquemas de corrupção.

Os magistrados brasileiros – incluindo os da Suprema Corte – tem se posicionado favoravelmente ao instituto da colaboração premiada (O Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir o voto no Habeas Corpus 90.688/PR⁶⁸, enfatizou que “*a delação premiada é um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados*”).

⁶⁶ Op. cit., p. 332.

⁶⁷ Por sistema judiciário entenda-se o conjunto dos órgãos que atuam na persecução penal: Polícia, Ministério Público e o Poder Judiciário propriamente dito.

⁶⁸ STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008.

De acordo com Sergio Moro,

a reduzida incidência de delações premiadas na prática judicial brasileira talvez tenha como uma de suas causas a relativa ineficiência da Justiça criminal. Não há motivo para o investigado confessar e tentar obter algum prêmio em decorrência disso se há poucas perspectivas de que será submetido no presente ou no futuro próximo, caso não confesse, a uma ação judicial eficaz.⁶⁹

Segundo Yehonatan Givati, há estudos mostrando que se a Justiça Criminal for eficiente o acusado – se é de fato culpado – tende a aceitar acordos, como o *plea bargaining*, tão usual nos países do *Common Law*. É que, se o agente sabe que a probabilidade de ser condenado num processo célere é alta, é melhor fazer o acordo e receber uma pena menor. É o que diz Yehonatan Givati:

If plea bargaining is permitted the agency offers a plea bargain to all individuals who it detected as violators of the law. Many guilty individuals take the offer, since they know there is only a small probability the court will find them innocent, and a plea bargain allows them to receive a more lenient sentence.

Givati lembra, ainda, que é imprescindível que o Judiciário não erre e absolva um culpado, pois isso estimula que os acusados de fato culpados não queiram fazer acordos apostando na sua impunidade: “(...) *the higher the probability of the court making a mistake and finding the guilty individual innocent the less the guilty individuals are willing to take the plea bargain (...)*”.⁷⁰

No Brasil, pode-se dizer que, a grosso modo, até o caso do “Mensalão” imperava o entendimento de que a impunidade para crimes de corrupção era a regra. Ocorre que os componentes dos braços publicitário e financeiro da organização criminosa foram condenados a penas altíssimas, que variam de 8 (oito) anos a 37 (trinta e sete) anos de reclusão, estando muitos dos condenados, até os dias atuais, efetivamente presos cumprindo sua pena.

No caso da Operação Lava Jato, em que são vários os processos criminais, já houve sentença condenatória proferida pelo Juízo Federal de Curitiba condenando-se, como já dito, oito pessoas à prisão, com obrigação de restituição aos cofres públicos de cerca de 19 (dezenove milhões de reais).

⁶⁹ Op. cit., p. 59.

⁷⁰ Op. cit., pp. 3-8.

O pool de Procuradores e Juízes da Operação Mani Pulite, da Itália, foi extremamente eficiente. Em dois anos de Operação, “2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos, 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais⁷¹ e 438 parlamentares, dos quais 4 haviam sido primeiros-ministros.”⁷²

Segundo Sergio Moro,

a criação do Conselho Superior da Magistratura (CSM) foi fundamental para reforçar a independência interna da Magistratura italiana, tornando possível a operação mani pulite. Também foi importante a renovação da magistratura e a própria imagem positiva dos juízes diante da opinião pública, conquistada com duras perdas, principalmente na luta contra a máfia e o terrorismo: Um tipo diferente de juiz ingressou na magistratura (nas décadas de setenta e oitenta). (...) A coragem de muitos juízes, que ocasionalmente pagaram com suas vidas para a defesa da democracia italiana, era contrastado com as conspirações de uma classe política dividida e a magistratura ganhou uma espécie de legitimidade direta da opinião pública. No final dos anos noventa, havia ainda um enfraquecimento na atitude de cumplicidade de alguns juízes com as forças políticas e que havia retardado a ação judicial. Uma nova geração dos assim chamados “giudicci ragazzini” (jovens juízes), sem qualquer senso de deferência em relação ao poder político (e, ao invés, consciente do nível de aliança entre os políticos e o crime organizado), iniciou uma série de investigações sobre a má-conduta administrativa e política.⁷³

Desse modo, a Operação Mãos Limpas, na Itália, com inúmeros acordos de colaboração premiada, somente foi possível a partir do senso comum de que o Poder Judiciário (que lá inclui Juízes e Procuradores) era independente, não era complacente com a corrupção e não dependia das benesses e trocas de favores de políticos.

É certo que, de acordo com a Análise Econômica do Direito, o agente age racionalmente, analisando custos e benefícios e maximizando seus interesses privados. Todavia, autores da chamada economia comportamental tem mostrado que a racionalidade é afetada por vieses cognitivos, dentre os quais o viés da disponibilidade

⁷¹ Similares aos prefeitos no Brasil.

⁷² MORO, Sergio Fernando. Op. cit., p. 57.

⁷³ MORO, Sérgio Fernando, Op. cit., pp. 57-58. Citando PORTA, Donatella Della; VANNUCCI, Alberto. *Corrupt Exchanges: actors, resources, and mechanisms of political corruption*. New York: Aldine de Gruyter, 1999, pp. 141-142.

que, segundo Tabak⁷⁴, consiste no fato de as pessoas tenderem a acreditar que um evento de que recordam facilmente é mais provável de acontecer do que realmente é, como no caso de notícias recentes sobre quedas de aviões e – por que não? – condenações criminais recentes de pessoas antes tidas como impuníveis.

Ao tratar da influência da História e da Cultura sobre os comportamentos, ensina Richard H. MacAdams: “Precedent refers to history. What is focal depends on what the individuals in the situation believe about how they or others they know have solved the same or analogous situations in the past.”⁷⁵ Assim, se o sistema de Justiça Criminal é eficiente contra os crimes de corrupção, isso aumentará a dissuasão, ou seja, o agente desistirá de praticar o crime.

Quando a Polícia e o Ministério Público investigam eficientemente os casos de corrupção, e o Poder Judiciário decide pela condenação de corruptos, independentemente de sua classe ou posição social, e isso é noticiado, os criminosos tendem a acreditar que, se forem flagrados, serão também condenados do mesmo modo. Parece ser o que aconteceu no processo do Mensalão, em que os particulares que não realizaram acordos de colaboração premiada foram condenados a altas penas privativas de liberdade. Na subsequente grande Operação, a Lava Jato, os particulares tenderam a colaborar com o Ministério Público, ainda que muitos não tivessem sequer sido presos.

Com efeito, de acordo com Aguiar,

não apenas os seres humanos, mas muitos animais, desde pássaros, a ratos, guepardos e golfinhos, aprendem observando outros animais se comportarem e serem recompensados ou punidos em consequência do seu comportamento (SCHNEIDER, 2012). Na verdade, o próprio aprendizado por meio da observação do comportamento de outros é produto das contingências, isto é, das consequências mais ou menos reforçadoras, incidentes sobre tal comportamento.⁷⁶

É o caso de experimentos naturais, onde o exemplo finda por ser a melhor forma de ensinar.

A boa e efetiva aplicação das penas, assim, é fundamental para estimular a realização de acordos de colaboração premiada, uma vez que o agente vai colaborar a

⁷⁴ Op. cit., p. 334.

⁷⁵ Op. cit., p. 232.

⁷⁶ AGUIAR, Julio. O direito como sistema de contingências sociais. Revista da Faculdade de Direito da UFG, volume 37, número 2, 2013, p. 180.

depende do temor de ser descoberto e punido pelo aparato estatal. Afinal, desde Gary Becker⁷⁷ se sabe que não só aumentar pena, mas aumentar a probabilidade de aplicação da pena aumenta o custo do crime, e sendo alto o custo, a tendência é a dissuasão.

De fato, de acordo com a Teoria Econômica do Crime, o criminoso, por ser considerado um agente racional maximizador de seus interesses privados, analisa as variáveis de riscos decorrentes do crime (probabilidade de sua condenação e efeito dissuasivo da pena) em função dos benefícios que a prática do crime lhe trazem. Assim, a probabilidade de condenação – mais que a quantidade de pena a ser aplicada – constitui um custo a ser considerado pelo agente, e esse fator é imanente à ideia de um Sistema Judiciário célere e eficiente.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou uma abordagem econômica ao tema da colaboração premiada no direito brasileiro. Num primeiro momento, conceituou o instituto da colaboração premiada, traçando um histórico de evolução no ordenamento jurídico brasileiro para, depois, tratar da questão da corrupção e da necessidade de recuperação do produto do crime.

Em seguida, passou-se à explanação acerca do que é a análise econômica do direito e seus principais conceitos. Na sequência, foram discutidos aspectos da colaboração premiada sob o ponto de vista da análise econômica do direito, buscando analisar os custos e benefícios decorrentes da realização do acordo tanto para a sociedade quanto para o investigado.

Inferiu-se que a colaboração premiada compensa, tanto para a sociedade, quanto para o investigado, a depender dos incentivos. De fato, constatou-se a presença de mais benefícios do que custos para a sociedade ao propor e efetivamente realizar acordo de colaboração premiada, em razão do efeito dissuasivo do crime, da recuperação, ainda que parcial, do produto da prática delituosa, de uma forma célere, além da possibilidade de efetivo desbaratamento da organização criminosa.

Ainda, foi possível concluir que o acordo de colaboração premiada pode ser mais vantajoso também para o investigado – mormente para o que primeiro colabora

⁷⁷ De acordo com Becker, “*offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted*”. Op. cit., p. 11.

com o *Law Enforcement* – mesmo com a exigência de devolução do produto do crime, diante da possibilidade de não ser denunciado, de obter o perdão judicial e de não ter contra si aplicada a pena privativa de liberdade. Por fim, analisou-se o papel da prisão preventiva e de um sistema de justiça criminal independente, célere e eficiente como incentivos à realização do acordo de colaboração premiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Julio. **O direito como sistema de contingências sociais**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, volume 37, número 2, 2013, pp. 164-193.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. *In*: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, pp. 403-460.

BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECKER, Gary Stanley. **Crime and Punishment: An Economic Approach**. Journal Of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (Mar.-Apr., 1968), pp. 169-217.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 3, v. 11, São Paulo, 1995.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação penal**. 3ª ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, Nefi. **Delação premiada na legislação brasileira**. Revista da Ajuris, vol. 37, 2010, pp. 273-296.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. *In*: SCHMIDT, Andrei

Zekner (organizador). *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris: 2006.

D'AMICO, Silvio. **Il Collaboratore della giustizia**. Roma: Laurus Robuffo, 1995.

DEL ROIO, José Luiz. **Itália: Operação Mãos Limpas**. E no Brasil: quando? São Paulo, Ícone, 1993.

DOOMEN, Jasper. **Rationality in Law and Economics**. *EALR (Economic Analysis of Law Review)*, V.2, nº 2, pp. 230-243, jul.-dez. 2011.

FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. **O perfil constitucional material da delação premiada como meio de prova**. Organizador: Robério Nunes dos Anjos Filho. Capacitar, VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República. Brasília: ESMPU, 2011.

FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. **Cose di cosa nostra**. Milano: Bur Saggi, 2009.

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. 2010. Disponível em <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate>. Acesso em 14 de junho de 2015.

FOCHEZATTO, Adelar. *EALR (Economic Analysis of Law Review)*, V. 4, nº 2, pp. 377-390, jul.-dez. 2013.

GAROUPA, Nuno. **An economic analysis of criminal law**. In: *Economic Analysis of Law: A European Perspective*. Ed.: Aristides Hatzis, 2004.

_____; KLERMAN, Daniel. **Corruption and The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions**. Los Angeles: University of Southern California Law School (Cleo Research Paper Series Law & Economics Research Paper Series – Paper nºC01-4 e 1-9), disponível em http://papers.ssrn.com/abstract_id=276117. Acesso em 14 de junho de 2015.

_____; STEPHEN, Frank. **Why Plea-Bargaining Fails to Achieve Results in So Many Criminal Justice Systems: A New Framework for Assessment**. *Maastricht: Maastricht Journal of European and Comparative Law: 2008, vol. 15.3*, pp. 319-354.

GICO JÚNIOR, Ivo T.; SILVA JÚNIOR, Gilson G. **O voo do Escaravelho**. *Economic Analysis of Law Review*. V. 1, nº 1. pp. 1-3, jan.-jun. 2010.

GIVATI, Yehonatan. **The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence**. Discussion Paper nº 39, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, 2011. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center.

GNEEZY Uri; RUSTICHINI, Aldo. **A fine is a price**. *Journal of Legal Studies*, 29 (2000), Volume 29, Issue 1, pp. 1-17.

GOMES, Luiz Flávio. **Corrupção Política e delação premiada**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 6, n. 34, nov./2005.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos Cruz, 2006.

LIN, Chung-cheng.; YANG, C.C. **Fine enough or don't fine at all**. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2006. Vol. 59 (2), pp. 195-213.

LIMA, Camille Eltz de; CARVALHO, Salo. **Delação Premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática**. Revista Jurídica, v. 57, n. 385, nov./2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais: Delação Premiada e aspectos processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARCÃO, Renato. **Delação Premiada**. Revista Jurídica Notadez, v. 53, n. 335, set./2005.

MAURO, Paolo. **Why Worry About Corruption?** Washington, D.C: International Monetary Fund, Economic Issues, 1997.

McADAMS, Richard H. **Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law**. 82 Southern California Law Review 209 (2009).

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. **Execução Provisória de Sentença: uma análise econômica do processo penal**. EALR (Economic Analysis of Law Review), V. 2, nº 2, pp. 204-229, jul.-dez., 2011.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas**. Revista dos Tribunais, a.97, abr./2008, v. 870.

MONTE, Vanise Röhrig. **A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais**. Revista da Ajuris, v. XXVI, n. 82, tomo I, jun./2001.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ. Brasília, n. 26., pp. 56-62, jul./set. 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Administração pública e o princípio constitucional da eficiência**. In Revista de Direito Administrativo, nº 241, pp. 209-240, 2005.

PASTRE, Diogo Willian Likes. **O instituto da delação premiada no direito processual penal**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v. 9, n. 53, dez./jan. 2008.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Revista dos Tribunais, a.98 v. 879, jan./2009.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

_____. **Economic analysis of law**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **A expansão do direito penal colhendo seus frutos: uma análise da delação premiada no sistema jurídico brasileiro**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Complexo de Ensino Superior do Brasil. n. 5, jan./dez. 2005.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte, Del Rey: 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia**. In Cadernos direitoGV, v. 5, nº 2, estudo nº 22, 2008.

_____. **De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?** EALR (Economic Analysis of Law Review), V. 1, nº 1, pp. 4-6, jan.-jun. 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo, Atlas, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVEIRA, José Braz da. **Proteção à testemunha e o crime organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMON, Pedro (Coord.). **Operação “Mãos Limpas”: audiência pública com magistrados italianos**. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TROTT, Stephen. **O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial**. In: Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, tradução de Sérgio Fernando Moro, v. 11, n. 37, abr./jun. 2007.

TREVISAN, Antoninho Marmo; CHIZOTTI, Antonio; IANHEZ, João Alberto; CHIZOTTI, José; VERILLO, Josmar. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil**. 2ª ed. ampl. Cotia/SP: Ateliê Editorial, 2003.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.