

Economic Analysis of Law Review

Análise Econômica do Direito e o Instituto da Colaboração Premiada como Mecanismo de Incentivos

Economic Analysis of Law and the Institute of Collaboration Awarded as an Incentive Mechanism

José Mario Silva de Souza¹
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Leonardo de Andrade Bissani²
Centro Universitário Ritter dos Reis

Manoel Gustavo Neubarth Trindade³
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

RESUMO

No presente estudo, buscou-se analisar o instituto da colaboração premiada no Brasil, identificando seus aspectos constitucionais e os mecanismos do seu funcionamento, por meio de uma abordagem de Análise Econômica do Direito. Inicialmente, foram realizadas ponderações conceituais e a necessária diferenciação entre a colaboração premiada e o *plea bargain*. Dando continuidade, abordou-se a forma como os agentes se comportam de maneira racional na colaboração premiada, os incentivos que irradiam sobre as suas escolhas e como os seus interesses podem ser maximizados, resultando no maior benefício possível para todos diretamente envolvidos e para a sociedade.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito – Colaboração Premiada – Direitos e Garantias Individuais – Comportamento Racional – Incentivos – Utilidade.

JEL: K0, K4, K40, K42

ABSTRACT

In the present study, we analyzed the award-winning collaboration used in Brazil, identifying its constitutional aspects and the mechanisms of its operation through the lens of Economic Analysis of Law. Initially, general considerations and the necessary differentiation between the awarded-winning collaboration and plea bargain were made. Then, we examined how players behave rationally in collaborative environments, how incentives can influence their choices and how their interests may be maximized, consubstantiating greater well-being for those involved and for society.

Keywords: Economic Analysis of law – Award-winning collaboration – Constitutional Guarantees – Rational behavior – Incentives – Utility

R: 28/06/2020 **A:** 02/11/2020 **P:** 31/12/2020

¹ E-mail: jose.souza@acad.pucrs.br

² E-mail: leobissaniadv@gmail.com

³ E-mail: mgustavotrindade@gmail.com

1. Introdução

Promulgada no ano de 2013, a Lei n.º 12.850 importa no ordenamento jurídico brasileiro não apenas apresentar a definição de organização criminosa, mas também dispor à investigação criminal meios efetivos de obtenção de prova na persecução penal brasileira. A colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova, está elencada no inciso I do artigo 3º da referida Lei, passando a ser regulamentada pelos arts. 4º ao 7º, com procedimentos específicos e requisitos para a sua aplicabilidade.

No entanto, a colaboração premiada não é um instituto completamente novo em nosso ordenamento jurídico, uma vez que são encontradas referências a procedimentos similares na Lei de Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único, da Lei n.º 8.072/90), na Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Ordem Tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/90), na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (art. 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98) e na revogada Lei de Organizações Criminosas (art. 6º da Lei n.º 9.034/95). Inclusive, procedimento com contornos similares à colaboração premiada existiu mesmo nas Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil de 1603 a 1830.⁴ Ocorre que até o advento da Lei n.º 12.850/13, os dispositivos legais que tratavam sobre a colaboração premiada não continham regulamentação precisa, circunstância essa que gerava uma espécie de limbo jurídico e que lhe reduzia efetividade.

Desde sua regulação, em razão da denominada operação Lava-Jato - investigação de proporções nacionais e expoente na utilização de colaborações premiadas - já foram homologadas, somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, aproximadamente 216 colaborações, de setembro de 2014 até abril de 2019. Entre os agentes com envolvimento no crime organizado, o maior grupo de colaboradores é representado por empresários (70,8%). Os colaboradores da classe política, por sua vez, correspondem à uma fração menor (2,3%) do total.

Efetivamente, estima-se que, somente no âmbito da operação Lava-Jato, o emprego da colaboração premiada foi responsável por recuperar mais de um bilhão de reais aos cofres públicos lesados. Existem ainda acordos homologados que prescrevem a recuperação aos cofres públicos de mais R\$ 450 milhões em multas e perdimentos previstos em R\$ 194 milhões, além de 1 milhão de libras e US\$ 125 milhões de dólares.⁵

Valores tão expressivos jamais haviam sido recuperados do crime organizado. Crimes até então muito pouco investigados, em razão da dificuldade na obtenção de provas de materialidade e autoria, têm sido resolvidos. Como consequência, ainda, observa-se o desmantelamento de organizações criminosas e a condenação de empresários e corruptos do alto escalão político.

Não obstante seja patente a efetividade da colaboração enquanto meio de obtenção de provas, ainda remanescem acalorados debates doutrinários sobre a razoabilidade e mesmo constitucionalidade. Segmento sensível de juristas brasileiros costumeiramente sustenta que a colaboração premiada violaria princípios como o da não produção de provas contra si mesmo

⁴ CORDEIRO, Nefi. *Delação premiada na legislação brasileira*. Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 37, n. 117, mar. 2010, pag. 273.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Procuradoria-Geral da República cria sistema para monitorar acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 09 out. 2019.

(art. 5º, LXIII, da Constituição Federal⁶) e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal⁷); bem como instigaria a traição entre membros de organizações criminosas; e premiaria indivíduos que cometeram crimes graves, isentando-o das penas.

Ocorre que essas questões são reiteradamente expostas por meio de discursos emotivistas⁸ e pelo uso de termos pejorativos, de modo que argumentos insuficientes assumam a falsa aparência de verdadeiros. Porém, como se pretende demonstrar, é possível constatar as falhas e contradições de qualquer argumento que não examine o objeto discutido em si e apenas exponha crenças ou posicionamentos ideológicos desprendidos da realidade. Ou seja, é preciso analisar o instituto de forma objetiva e verificável, ou, como nas palavras de Karl Popper, é necessário que sejam falseáveis (refutáveis) os argumentos suscitados.⁹

Assim, como já mencionado, importante observar que alguns autores tomam a colaboração premiada como inconstitucional, pois ofenderia o princípio da não produção de provas contra si mesmo.¹⁰ Isso porque o instituto exige do colaborador a renúncia ao direito de silenciar, assim como sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade. Na prática, implica na confissão do crime e na entrega de acervo probatório que corrobore com as suas declarações, conduzindo o Estado na persecução dos demais integrantes da organização criminosa. Portanto, o equívoco ao se afirmar que a colaboração premiada ofende o princípio constitucional do direito ao silêncio reside na atribuição de caráter indisponível ao indigitado princípio, bem como em tomar as colaborações como coercitivas ou obrigatórias, o que não corresponde à realidade.

Não há controvérsia quanto à existência do direito do acusado de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmo. Porém, há de se reconhecer que a garantia *nemo tenetur se detegere* não obriga o acusado a manter silêncio, mas sim lhe garante uma faculdade, não havendo incompatibilidade lógica com a colaboração premiada.¹¹ Inclusive, raciocínio inverso pode confirmar tal premissa, qual seja, retirar do acusado a faculdade (opção) de confessar o crime equivaleria a lhe impor sanção penal mais gravosa (onerosa). Note-se que a confissão possui previsão legal no próprio Código Penal (art. 65, III, alínea “d”, do Código Penal) e ainda é utilizada como circunstância atenuante da pena ou como meio de prova pelo Código de Processo Penal (arts. 197 a 200 do Código de Processo Penal).

De outra banda, críticos sustentam que Estado obriga o suspeito a aderir às propostas do Ministério Público mediante meios coercitivos, como a prisão preventiva.¹² O que ocorre, em verdade, é que a colaboração premiada exige adesão espontânea do suspeito (art. 4º, *caput*) e o

⁶ Art. 5º. (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (...) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁷ Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...). *Ibidem*.

⁸ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 52.

⁹ POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pag. 122.

¹¹ COSTA CÂMARA, Guilherme. *Colaboração premiada: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado*. De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nº. 30, vol. 17, 2018, pag. 332.

¹² JR., Aury Lopes. *A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual*. De jure: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 143, 2018, pags. 117/153.

colaborador obrigatoriamente será assistido por defensor em todos os atos da negociação (art. 4º, §15, da Lei n.º 12.850/13). Pretendeu a lei com isso reforçar o caráter negocial e voluntário¹³ do meio de prova com amplo respeito às garantias individuais e a paridade de armas, reconhecendo-se a racionalidade econômica das partes, enquanto agentes econômicos que são, premissa essa já plenamente desenvolvida no âmbito da Análise Econômica do Direito. A reforçar esse argumento, o uso proposital dos vocábulos “voluntariamente” (art. 4º, *caput*), “negociações” (art. 4º, §6º), “proposta” (art. 6º, inc. II) e “aceitação” (art. 6º, inc. III), comumente empregados em cenários negociais, evidenciam que a colaboração resulta de ato voluntário e não de uma imposição.¹⁴

Igualmente, empregam-lhe o aspecto de inconstitucional na medida em que violar-se-iam os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque durante a colaboração são prestadas declarações e entregues documentos incriminadores sobre os demais integrantes da organização criminosa sem que lhes seja oferecida oportunidade de manifestação naquele momento. O contraditório e a ampla defesa são definidos como direitos das partes de participarem, impugnam, apontarem controvérsias e influenciarem a produção da prova e a formação da convicção do julgador.

Contudo, nem sempre é possível a contribuição dos suspeitos no momento de produção da prova, sob pena de sua frustração. Do contrário, interceptações telefônicas, infiltrações policiais em esquemas delituosos e quebra de sigilo bancário, entre outros meios de produção de prova, jamais seriam admitidos, o que obviamente não se sustenta.

Ressalte-se que não se pretende dizer que o contraditório e a ampla defesa podem ser indiscriminadamente mitigados. Aqueles que forem mencionados pelo colaborador terão a devida oportunidade de oferecer alegações posteriores, conforme reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 166.373/PR.¹⁵

Porém, um argumento específico chama a atenção pela sutileza do debate por ele gerado: de que o Estado agiria de forma imoral ao instigar a traição entre os membros de uma organização criminosa¹⁶. Isso porque a lei dispensaria tratamento diferente à traição em dois momentos distintos. No código penal, artigo 61, inciso II, alínea “c”, a traição é o meio pelo qual

¹³ REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. *O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos*. Economic Analysis of Law Review, vol. 9, n.º. 2, Maio-Agosto, 2018, pag. 131.

¹⁴ Justamente nesse sentido, o reconhecimento de que os sistemas jurídico e judicial configuram um verdadeiro mecanismo de incentivos, como evidenciado em TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. *O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics*. Revista de Processo, vol. 290/2019. Abril de 2019, pags. 441/469.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que, em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração. Prevaleceu o entendimento de que, como os interesses são conflitantes, a concessão de prazos sucessivos, a fim de possibilitar que o delatado se manifeste por último, assegura o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 166373/PR. Relator (a): MIN. EDSON FACHIN. Tribunal do Pleno. Julgado em 02 out. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 25 jan. 2021. Acórdão não publicado até o fechamento deste estudo.

¹⁶ REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. *O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos*. Economic Analysis of Law Review, vol. 9, n.º. 2, Maio-Agosto, 2018, pag. 131.

o agente comete um crime,¹⁷ e, no artigo 121, §2º, inciso IV, ela é qualificadora de um homicídio doloso,¹⁸ sendo a traição desincentivada pelo ordenamento jurídico nestes casos. Já na colaboração premiada, a “traição” seria incentivada, o que representaria um agir contraditório do Estado e de seus valores morais.

Nesta toada, o Estado não deveria se valer de todo e qualquer meio para atingir um determinado fim. Afirma-se que o Estado impõe situação tão desfavorável ao indivíduo que alternativa não há a não ser a traição de seus companheiros e a colaboração com a justiça. De outro lado, o argumento contrário, de viés nitidamente pragmático¹⁹ e consequencialista, afirma ser inviável ao Estado primar pelo bom relacionamento de membros de uma organização criminosa em detrimento da promoção dos meios de identificação, investigação e solução de crimes, o que, por exemplo, seria um verdadeiro incentivo à “Lei do Silêncio” ou “*Omertà*” da máfia italiana. Além disso, ao negar a utilização de meio de obtenção de prova prescrito em lei, o Estado tutelaria a estabilidade de atividades delituosas²⁰ que de outra forma não seria capaz de extinguir.

A partir do questionamento de moralidade da colaboração premiada e do emprego dos seus meios pelo Estado, surge o objeto de análise deste breve estudo. Analisar-se-á, pelas lentes da Análise Econômica do Direito, o instituto da colaboração premiada, buscando a compreender os seus mecanismos de funcionamento, sobretudo diante dos incentivos que irradiam aos agentes envolvidos, “sem cair nos extremos de utilitarismo exacerbado ou de um garantismo que ignora a realidade”.²¹ Para além disso, não se pretende através deste meio esgotar o mérito desta controvérsia, primando o texto pela exposição da problemática, de seus principais elementos, do posicionamento jurisprudencial e doutrinário, além do posicionamento dos autores.

2. Ponderações Conceituais e Elementos Distintivos

Cumpra, ora, que se estabeleçam algumas premissas básicas. Por colaboração premiada entende-se espécie de negócio jurídico consubstanciado na forma de acordo entre indivíduo e Estado. Cabe ao colaborador confessar a participação em esquema delituoso, bem como apontar

¹⁷ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; (...) BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹⁸ Art. 121. Matar alguém: (...) § 2º Se o homicídio é cometido: (...) IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; (...). *Ibidem*.

¹⁹ “Com relação à tutela de confiança, há um trade off a ser enfrentado, e que parece muito simples de se resolver. Ou tutela-se a confiança das pessoas na proteção estatal aos direitos fundamentais, o que pressupõe investigações eficazes e baixa impunidade; ou tutelam-se a confiança e a fidelidade que há entre os criminosos e suas organizações”. BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pags. 21 e 34.

²⁰ “Em um límpido e lídimo Estado de Direito, a solidariedade criminosa não é um valor a reverenciar. Muito ao contrário. Cuida-se, com rigor, de um nítido desvalor que incumbe tanto à racionalidade prática quanto à racionalidade ético-valorativa, coletivamente assumidas como culturalmente prevalentes, enfrentar com sabedoria e também com determinação”. COSTA CÂMARA, Guilherme. *Colaboração premiada: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado*. De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 17, nº. 30, 2018, pag. 340.

²¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Prefácio à 3ª edição. In PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2016, pag. 20.

demais informações relevantes às autoridades, cabendo a indicação dos partícipes da organização, das infrações praticadas ou a revelação da estrutura hierárquica da organização.²²

Além disso, a Lei n.º 12.850/13 também valora a informação que leve à recuperação total ou parcial do produto das infrações penais praticadas e a localização de eventual vítima, com sua integridade física preservada. O Estado, em troca, concede benefícios que variam da concessão de perdão judicial à redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos.²³ O objetivo da colaboração, ao contrário do que se poderia pensar em um primeiro momento, não é a confissão do colaborador; ela nada mais é do que um pressuposto ao seguimento das tratativas e jamais será utilizada isoladamente como meio de prova a ensejar a condenação dos outros réus. Circunstância essa que afasta os argumentos no sentido de que os colaboradores usariam o instituto para mentir e incriminar adversários. A mentira, inclusive, é desfavorável ao colaborador, como será adiante demonstrado. Outro pressuposto é a vontade do indivíduo: não há colaboração sem adesão voluntária.²⁴

A Lei n.º 12.850/13 prevê, em qualquer caso, que 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.²⁵ Ademais, conforme o valor das informações prestadas, o Ministério Público poderá deixar de denunciar o colaborador, solicitando o arquivamento do inquérito e pedido de perdão judicial, ou mesmo requerer a aplicação do perdão ainda que não tenha sido objeto da proposta inicial de acordo.²⁶ Igualmente, a promotoria poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva colaboração,²⁷ o que representa um enorme fator de incentivo atuando em favor da persecução penal.

Importante neste ponto frisar que a colaboração premiada não se confunde, em absoluto, com o instituto denominado de *plea bargain*. Em que pese a barganha do *common law* também seja um acordo de autocontrole jurídico firmado entre o acusado e o Estado com vistas à redução de

²² Neste mesmo sentido, ver MARTINS, Marcelo Guerra; GALLINARO, Fábio; HANASHIRO, Wagner. *A Colaboração Premiada Sob O Enfoque Da Teoria Dos Jogos Num Mundo Regido Pela Informação*. Economic Analysis of Law Review, vol. 10, n.º 2, Maio-Agosto, 2019, pags. 304/305.

²³ Art. 4º: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por 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: (...) BRASIL. *Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁴ CAPEZ, Rodrigo. *A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada*. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pag. 221.

²⁵ Art. 4º: (...) § 1º 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. (...) BRASIL. *Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁶ Art. 4º: (...) § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (...). *Ibidem*.

²⁷ Art. 4º: (...) § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. (...). *Ibidem*.

pena, difere da colaboração principalmente no que diz respeito ao escopo do seu objeto. O *plea bargain* visa a condenação do agente criminoso, sendo por muitos considerada uma forma de justiça penal consensual, na qual uma confissão poderia, por exemplo, dispensar a produção de novas provas.²⁸ A colaboração premiada, por sua vez, aborda a confissão prévia como requisito formal, de modo que sua validade não recaia unicamente sobre a condenação do agente colaborador. Para além disso, busca-se um conjunto probatório, que ao invés de substituir a persecução penal, visa a lhe expandir.²⁹ Inclusive, há de se compreender que “sem a colaboração premiada, tal qual anteriormente já se afirmou, muitas investigações e ações penais sequer existiriam.”³⁰

Não obstante tais diferenças, o que se reitera nos posicionamentos doutrinários que questionam a moralidade da colaboração premiada é a sua incorreta associação com o *plea bargain* e a importação das críticas desta àquela³¹. Devido à ampla oportunidade de os promotores públicos oferecerem uma transação penal em países adeptos do *plea bargain*, esta, alegam alguns, teria se tornado um instrumento discricionário de redução da carga processual, levando ao problema do “*overcharging*”, pelo qual poderia haver o agravamento da pretensão acusatória com o escopo de se obter maior disposição do acusado em negociar, como uma verdadeira “moeda de troca nas mãos do órgão acusatório para negociar a formalização de um acordo”.³²

Surge neste ponto, como já mencionado, um aspecto negativo corretamente associado ao *plea bargain* e não à colaboração premiada, qual seja, a possível prática do *overcharging* (ou sobrecarga, em tradução direta), consistente em imputar ao agente investigado a acusação de crimes além daqueles supostamente cometidos, a fim de modular a escolha do acusado a aceitar a

²⁸ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 94.

²⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, pag. 117.

³⁰ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 65.

³¹ Dentre as principais críticas ao instituto do *plea bargain*, figuram os seguintes argumentos: 1) O Estado positivaria indevidamente novas condutas delitivas e, para justificar demandas sociais punitivistas e suportar o incremento de novos casos, adotaria mecanismos que maximizam as condenações no menor tempo e custo possíveis em detrimento de garantias fundamentais mínimas; 2) Os agentes ligados ao *plea bargain* possuiriam motivação duvidosa para defender sua aplicação: os magistrados estariam interessados em reduzir a carga de trabalho e eximirem-se da responsabilidade por eventual decisão equivocada que tomassem; os acusadores estariam igualmente interessados em reduzir a carga de trabalho e assegurar condenações; e o defensor técnico aderiria a tal prática (ainda que contrário aos interesses do cliente) para atender mais casos, bem como manter boas relações com o magistrado e acusador; 3) A pressão psicológica exercida pela barganha em virtude do medo de obter uma condenação severa levaria o acusado, ainda que inocente, a confessar o crime; 4) A confissão do acusado e a consequente dispensa de produção de um conjunto probatório incriminador assumiria ares de tarifamento de provas, circunstância essa que guarda certa relação com o sistema processual inquisitivo e à prática da tortura, dentro das devidas proporções; 5) Haveria nítido desequilíbrio entre acusação e defesa, uma vez que aquela detém não só o poder de acusar, como o de julgar. Nessa hipótese, ocorreria a invasão da acusação na esfera de competência do juiz, limitando-se esse a apreciar a legalidade do ato; e 6) A prática do *plea bargain* resultaria em obstaculização do exercício de defesa do acusado, já que a própria noção de justiça consensual presume a ideia de afastamento do réu como aquele que resiste à pretensão punitiva estatal. Ao mesmo tempo, haveria nítido prejuízo ao acusado, uma vez que sua defesa estaria nitidamente interessada em obter um acordo e o seu reconhecimento de culpabilidade (ainda que a circunstância concreta recomendasse o embate judicial). VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, pags. 143/195.

³² BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019. *Apud* GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. *Plea bargaining and prosecution*. In GAROUPA, Nuno (Org.). *Criminal law and economics*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009, pag. 151.

sanção menor, negociada com sua confissão sem o processo penal e suas garantias, ao invés do risco de ser condenado a uma pena muito mais grave. Ainda assim, é apenas lógico concluir que eventual agente que optasse pela barganha estaria em situação ainda pior se não tivesse tal opção, pois só lhe restaria enfrentar exatamente aquilo que o repelia a ponto de escolher a barganha: o arriscado processo e a subsequente e imprevisível decisão.³³ Ademais, a percepção das diferenças existentes entre os dois institutos se mostra imperiosa ao correto exame da colaboração premiada no Brasil.

Além disso, a colaboração é comumente referida como “delação premiada”, em que pese o instituto não seja referido desta forma nos textos legais. A terminologia “delação” em momento algum é utilizada na Lei n.º 12.850/13. O vocábulo surge a partir da doutrina de juristas com posicionamento contrário à colaboração premiada e passa a ser difundido pelos principais meios midiáticos, estando a sua utilização tão popular quanto o termo tecnicamente correto.

Conforme referido alhures, a colaboração premiada não visa exclusivamente a delação de outro agente criminoso, de modo qual nem sempre a colaboração resultará de uma delação. Poderá o colaborador assumir sua culpa nas ações criminosas sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, a localização do produto do crime ou de vítima potencialmente em risco.³⁴

Outrossim, alguns autores apontam se tratar de expressões diversas, na qual a delação premiada (ou chamamento de corréu) consiste em espécie do gênero colaboração premiada³⁵, na qual o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador.³⁶ Existem ainda as espécies de colaboração para libertação de vítima; colaboração para localização; e recuperação de ativos e colaboração preventiva de outras infrações penais.³⁷ Em todo caso, a utilização do vocábulo “delação” como substitutiva de “colaboração” já se mostrou equivocada, além de reduzir o indivíduo colaborador da persecução penal a mero delator.

3. Colaboração Premiada, Comportamento Racional e Incentivos

Uma vez exploradas as principais controvérsias e estabelecidos os conceitos necessários à compreensão deste trabalho, passa-se a demonstrar as razões pelas quais a colaboração premiada pode representar um instrumento necessário e benéfico à sociedade brasileira, sem prejuízo aos direitos e garantias individuais.

³³ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019. *Apud* GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. *Plea bargaining and prosecution*. In GAROUPA, Nuno (Org.). *Criminal law and economics*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009, pag. 59.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação penal especial comentada*. 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, pag. 525.

³⁵ REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. *O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos*. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n.º. 2, Maio-Agosto, 2018, pag.131.

³⁶ GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015, pag. 211.

³⁷ ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011, pag. 428.

Inicialmente, imperioso reconhecer que o instituto confere efetividade à justiça como nunca antes visto no país, assim como atende à necessidade pública de combate à impunidade e à corrupção. Antes da colaboração premiada, havia o sentimento de que a impunidade do alto escalão político e empresarial era a regra no País. Tal sentimento decorria da insuficiência das investigações e da demasiada morosidade do Poder Judiciário no julgamento das ações penais. Ora, se as chances de condenação eram baixas dadas as dificuldades de obtenção de prova, o agir ilícito não só parecia como efetivamente se revelava vantajoso aos criminosos e às organizações criminosas.

O instituto da colaboração premiada, ao alterar os incentivos que são irradiados aos agentes econômicos envolvidos, evidencia maior probabilidade de condenação resultante da possível colaboração de outros envolvidos, consubstanciando novo e importante fator de desmotivação³⁸ aos potenciais criminosos e organizações criminosas. Por consequência, o efeito dissuasivo da colaboração premiada tende à redução da criminalidade³⁹.

Além disso, a colaboração encontra nítido fundamento utilitário. Em que pese se possa argumentar em um primeiro momento que a medida nada mais é do que uma recompensa ao agente criminoso, certo é que os benefícios oriundos da medida devem ser mais vantajosos à sociedade. Não bastasse a colaboração ensejar provas para a condenação dos réus envolvidos, as já realizadas culminaram no desbaratamento e fragmentação de organizações criminosas, assim como ensejaram a devolução de expressiva quantia aos cofres públicos. Logicamente que verbas públicas desviadas por meio de práticas criminosas não atingem os fins para os quais se destinam, como, por exemplo, para a construção de novas escolas, compra de medicamentos para população e afins. Natural, portanto, ser preferível que um réu tenha a pena reduzida ou perdoadada se isso resultar em um benefício maior para a sociedade, analisando-o a partir da carga valorativa de utilidade pública percebida.

Note-se que não se está a afirmar ser o ideal a concessão de benefícios ou imunidades processuais. Idealmente, a colaboração com a justiça deveria ser espontânea ou mesmo sequer serem praticadas as condutas delituosas. Porém, não há como se negar que os agentes criminosos oferecerão resistência ao aparato estatal que visa ao cumprimento das leis em detrimento de suas liberdades e das vantagens obtidas com as práticas criminosas.

Assim sendo, inafastável enfrentar uma troca (*trade-off*) de bens ou interesses jurídicos⁴⁰ com vistas ao pragmatismo que a solução de problemas modernos exige. Se por um lado, com a colaboração premiada, a punição de um indivíduo será mitigada, por outro, a sociedade perceberá benefício maior. É primar-se pelo modelo de justiça criminal restaurativa à simples aplicação

³⁸ “O custo de se associar ao bando passa a ser alto quando se sabe que, se um dos membros for investigado ou processado, receberá do Estado proposta atraente para delatar a organização criminosa. É claro o efeito dissuasivo da colaboração, no sentido de evitar que as pessoas criem componham ou mesmo auxiliem organizações criminosas”. BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 21.

³⁹ MARTINS, Marcelo Guerra; GALLINARO, Fábio; HANASHIRO, Wagner. *A Colaboração Premiada Sob O Enfoque Da Teoria Dos Jogos Num Mundo Regido Pela Informação*. Economic Analysis of Law Review, vol. 10, nº 2, Maio-Agosto, 2019, pag. 314.

⁴⁰ “The classic trade-off is between ‘guns and butter’. The more a society spends on national defense (guns) to protect its shores from foreign aggressors, the less it can spend on consumer goods (butter) to raise the standard of living at home”. MANKIOW, Gregory N. *Principles of microeconomics*. 5ª Ed. Mason, OH: Cengage Learning, 2008, pag. 04.

retributiva das sanções penais, estas, aliás, tão frequentemente inócuas. Assim, revela-se imperiosa a compreensão da colaboração premiada à luz da Análise Econômica do Direito.⁴¹

Referida abordagem analítica, a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) fornece aos juristas um instrumento hábil de previsibilidade da conduta humana.⁴² Antes, o impacto da construção normativa não podia ser medido de forma segura. Agora, os efeitos futuros são auferidos a partir de uma teoria comportamental, que além de prever consequências práticas, é relevante para o desenvolvimento, aplicação e avaliação das normas por meio de um enfoque econômico,⁴³ não podendo a construção normativa estar isolada de suas consequências práticas.

Nesse ponto, as normas jurídicas são encaradas sob o viés da eficiência,⁴⁴ indicada por uma relação entre o custo de sua implementação e a extensão do benefício percebido, onde a tendência será a adoção de escolhas que maximizem os interesses dos agentes. Não se deverá perder de vista, também, a implicação clássica de escassez, onde as necessidades serão ilimitadas e os recursos limitados.⁴⁵

A dogmática jurídica carecia de uma teoria do comportamento humano perante os incentivos que são irradiados pela legislação e pela própria jurisdição, porquanto se encontrava, muitas vezes, demasiadamente voltada ao plano normativo, centrando foco nas normas e princípios. Assim, porém, tem-se que os agentes (partes e operadores do sistema judicial) são seres humanos racionais que agem estrategicamente, isto é, visam a maximizar os seus benefícios

⁴¹ São consideradas expressões sinônimas *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito*, tanto na literatura nacional quanto estrangeira, com os seus equivalentes *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*, respectivamente. Entretanto, parte da doutrina sustenta ser preferível a utilização da expressão *Direito e Economia* por ser mais ampla e não transmitir a ideia de redução do Direito a simples objeto de investigação da Economia, até mesmo porque, em realidade, as relações entre essas duas áreas do conhecimento, no âmbito do movimento ao qual aqui nos referimos, são recíprocas. Sobre o tema, interessante e aprofundada distinção entre as expressões *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito* é feita no artigo intitulado *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, de autoria de Geoffrey P. Miller. *NYU Law and Economics Research Paper*, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>. Acesso em: 20 out. 2019. No Brasil, a expressão *Direito e Economia* ainda não é devidamente associada ao seu respectivo movimento, sendo até mais utilizada e compreendida a expressão *Análise Econômica do Direito* e mesmo a expressão alienígena *Law and Economics*, sendo que, no presente estudo, ressaltando-se que o entendimento dos autores é consonante com a ideia de não haver redução do Direito a simples objeto de estudo da Economia no âmbito da abordagem em questão, utilizar-se-ão essas expressões como sinônimas.

⁴² POSNER, Richard. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*, pags. 10/11. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1607&context=law_and_economics>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁴³ 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, pag. 17.

⁴⁴ “Pode-se dizer que eficiência é a melhor alocação com um mínimo de dispêndio”. Notadamente o conceito aqui referido se filia a um viés de cunho econômico. 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, pag. 135. Em contraponto, segundo Vinícius Gomes de Vasconcellos, a conceituação proposta por Scarance Fernandes compreenderia “a capacidade de algo produzir determinado efeito”. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, pag. 154.

⁴⁵ 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, pag. 121.

individuais através de cada ato decisório individual, de acordo com as informações disponíveis no instante em que cada decisão tomada.⁴⁶

Conforme descrito por Richard Posner, o conceito do homem enquanto maximizador racional de seu próprio interesse implica que os agentes respondem a incentivos – se o entorno de um agente é modificado de maneira tal que ele poderia aumentar seu benefício alterando seu comportamento, ele o fará.⁴⁷

O ato de ponderação do agente entre as alternativas disponíveis pressupõe uma escolha racional. Nesse sentido, o agente é considerado como um maximizador racional de seu interesse próprio. Havendo alternativa que aumente suas satisfações, ele responderá modificando seu comportamento. Logo, é importante buscar identificar aquilo que lhe é sensível e que deseja ver maximizado, para então buscar o desenho de incentivos que seja apto a conformar as escolhas socialmente desejáveis, coadunando-se a Teoria da Ação Racional.

No que diz respeito à maximização de interesses, a colaboração é útil ao Estado na medida em que dela será possível colher informações essenciais a respeito de organizações criminosas, as quais pelos meios tradicionais de obtenção de provas não seria possível (o que resultaria na frustração da investigação e provável liberdade dos criminosos). As informações colhidas pelo Estado serão posteriormente utilizadas para cumprimento de sua obrigação de promover segurança pública. Igualmente, a colaboração é uma alternativa vantajosa ao indivíduo que, consciente da sua participação no esquema delituoso e das chances de vir a ser delatado por outro membro, porventura seria condenado a mais severa pena.⁴⁸

Nesse sentido, o agente pondera entre se manter filiado à organização criminosa ou adotar postura que aumente ou assegure uma posição de maior bem-estar e satisfação (assim compreendida a *utilidade*). Para isso, as vantagens oferecidas pelo Estado devem ser mais atraentes do que os benefícios da conduta ilícita. A prática jurídica mostra que medidas que assegurem um menor risco à liberdade ou ao patrimônio do acusado desempenham papel crucial na modificação de seu comportamento,⁴⁹ motivando-o a abandonar a posição de silêncio e preservação do vínculo com a organização criminosa para colaborar com a justiça.

Cumprе anotar brevemente que a extensão de benefícios aparentemente muito vantajosos ou lenientes está diretamente associada à falta de eficiência do sistema penal brasileiro. Nesse panorama, a tendência é não se conseguir convencer o acusado a colaborar caso o benefício ofertado não seja suficientemente tentador, pois, não o sendo, serão preferíveis as vias tradicionais e o processo litigioso, com as diversas possibilidades de impunidade. Assim é que “a

⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. *O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics*. Revista de Processo, vol. 290/2019. Abril de 2019, pags. 441/469.

⁴⁷ “The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way what he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.” POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 5ª ed. New York: Aspen Law and Business, 1998, pag. 4.

⁴⁸ “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”. TABAK, B. M. *et. al. A Colaboração Premiada Compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Agosto/2015. Texto para Discussão nº 181, pag. 21. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 31 ago. 2019.

⁴⁹ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 39.

gravidade (ou austeridade) dos benefícios acordados é diretamente proporcional à eficiência do sistema processual”.⁵⁰

O comportamento dos polos envolvidos em um acordo de colaboração premiada será antevisto a partir da aplicação da Teoria da Ação Racional aos limites e requisitos compreendidos pela Lei n.º 12.850/13. Partindo dessa premissa, é realizada a análise da relação custo-benefício para a sociedade ao estimular acordos de colaboração premiada com agentes criminosos. Para além disso, o raciocínio empregado pelo agente criminoso diante de uma proposta de colaboração também poderá ser antevisto pela Teoria dos Jogos e o clássico exemplo do Dilema do Prisioneiro.

Predominantemente utilizada pela ciência econômica, a Teoria dos Jogos adota os pressupostos de comportamento estratégico e não aleatório dos agentes em jogos de equilíbrio, com ganhos e retornos (*payoffs*) específicos de cada jogador para cada estratégia.⁵¹ O já mencionado Dilema do Prisioneiro, aliás, muito se assemelha ao cenário da colaboração premiada e seus impasses, sendo que a sua compreensão permite constatar a imprescindibilidade da colaboração premiada.⁵²

Imaginemos que dois indivíduos, agente A e agente B, são suspeitos de cometer determinado crime grave. Em função disso, são detidos e conduzidos à delegacia de polícia. As evidências colhidas até então não são conclusivas da autoria do crime mais grave. No entanto, são suficientes para uma condenação de 4 anos de reclusão para ambos. Na delegacia, os agentes A e B são alocados em salas separadas, sem possibilidade de comunicação entre si. A autoridade oferece a cada um dos agentes a seguinte proposta: se apenas um dos agentes confessar (e com isso implicar o outro), quem confessar cumprirá apenas 1 ano de prisão, enquanto o que se manter em silêncio cumprirá a maior pena de 8 anos. Se ninguém confessar, cada um sofrerá uma pena de 4 anos. Se ambos confessarem, cada um sofrerá uma pena de 6 anos. Veja-se que surgem as seguintes hipóteses: 1) o agente A confessa o crime e obtém a pena mínima de 1 ano enquanto que o agente B recebe a pena máxima de 8 anos; 2) o agente B confessa o crime e obtém a pena mínima de 1 ano enquanto o agente A que recebe a pena máxima de 8 anos; 3) ambos permanecem em silêncio e recebem a pena de 4 anos; 4) ambos confessam e recebem a pena de 6 anos.⁵³

Nessa circunstância, ambos os agentes percebem ao analisar as alternativas que, individualmente, a opção mais vantajosa a ser tomada é colaborar com a justiça.⁵⁴ Tomemos como exemplo o agente A: suas opções são confessar ou não confessar o crime. Caso o agente B confesse, a melhor estratégia para o agente A seria confessar também, assim permaneceria 6 ao

⁵⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pag. 87.

⁵¹ 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, pags. 56 e 112.

⁵² REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. *O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos*. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n.º. 2, Maio-Agosto, 2018, pag. 125.

⁵³ Adaptado do exemplo utilizado por Richard H. McAdams. McADAMS, Richard H. *Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*. 82 *Southern California Law Review*. 209. 2009, pags. 56/57.

⁵⁴ “In PD (Prisoner's Dilemma), a prisoner always does better by confessing and does best by being the only one to confess.”. *Ibidem*, pag. 224.

invés de 8 anos na prisão. Igualmente, caso o agente B não confesse, a melhor estratégia ao agente A seria confessar, assim sua pena seria de apenas 1 ano.

Analogicamente, no caso da colaboração premiada, o acusado deverá ponderar se colabora ou não com a justiça sabendo que os demais coautores também receberão propostas. Repisa-se que a Lei n.º 12.850/13 prevê a possibilidade de o Ministério Público requerer o perdão judicial do primeiro colaborador. Além disso, as consecutivas colaborações premiadas de uma mesma investigação deverão resultar sempre em informações novas, o que não apenas incentiva o acusado a colaborar antes de seus colegas, como também demonstra o “grande potencial de alastrar a investigação para dentro da organização criminosa”.⁵⁵

Assim, conforme o conceito apresentado sobre a Análise Econômica do Direito e as suas implicações sobre a Teoria da Ação Racional e da Teoria dos Jogos, o acusado agirá de forma racional na defesa de seus interesses no ambiente de jogo de opções criado pela colaboração premiada. O réu analisará se obter o perdão judicial, a redução da pena ou a pena restritiva de direitos compensará seu prejuízo pessoal em reconhecer sua culpa, desvendar as práticas criminosas que tomou parte no passado e possivelmente expor seus antigos comparsas.

Porém, não basta ao indivíduo que lhe sejam ofertadas benesses. É necessário que lhe seja assegurado o cumprimento dessas vantagens, sob pena de desincentivo à colaboração. Igualmente, o Estado precisa se resguardar e ter meios de assegurar que receberá as informações que necessita para dar seguimento à persecução penal.

Daí advém a importância da pactuação (contrato) que formalizará o acordo de colaboração premiada. Por meio dele que os polos envolvidos no acordo obtêm segurança ao efetuarem transações em um ambiente que envolve promessas, ou seja, um ambiente composto por riscos de que promessas sejam descumpridas. Como instrumento de previsibilidade, antecipam-se as benesses que ambos os polos têm interesse, as obrigações a serem cumpridas e as penas pelo seu descumprimento.

Nesse sentido, há forte incentivo para o cumprimento das obrigações pactuadas. Se o colaborador não atuar de forma suficientemente prestativa, poderá perder o direito às benesses que maximizam seu bem-estar. Igualmente, se o Estado não cumprir o pacto firmado, poderá ser demandado judicialmente pelo colaborador, que estará em posição de exigir o cumprimento do acordo nos exatos termos firmados, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.⁵⁶ O Estado também deverá cumprir suas obrigações sob pena de indicar não ser confiável o suficiente para se firmar acordos futuros e descreditar o próprio instituto da colaboração premiada.

4. Conclusão

Em termos de conclusão, observou-se que a regulamentação da colaboração premiada, por meio da Lei n.º 12.850/13, representa importante incremento ao ordenamento jurídico

⁵⁵ BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. *Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13*. Porto Alegre, 2019, pag. 84.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127483/PR. Relator (a): MIN. DIAS TOFFOLI. Tribunal do Pleno. Julgado em 27 ago. 2015. Publicado em 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308597935&text=.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

brasileiro. A regulação do instituto conferiu inédita efetividade ao combate dos crimes praticados por organizações criminosas e ao seu desmantelamento, além da condenação e prisão de empresários e políticos corruptos, de forma inédita no País, resultando inclusive na recuperação de quantias vultuosas desviadas dos cofres públicos.⁵⁷

Todavia, apesar da colaboração premiada demonstrar índices efetivos de utilidade pública no combate à criminalidade, permitindo ao Estado o cumprimento de seu dever constitucional de prover segurança pública, há quem mantenha posicionamento contrário ao instituto. Por óbvio que a adoção de postura com vistas ao cumprimento de suas funções precípua não autoriza o Estado a se valer de qualquer meio para cumprir sua função, afinal há limites mínimos morais e éticos que devem limitar as condutas socialmente reprováveis, a exemplo da vedação à utilização da tortura como meio de obtenção de prova.⁵⁸

Porém, evidentemente esse não é o caso da colaboração premiada. Quando analisada sob viés pragmático, visando a promoção do maior bem para o maior número de pessoas e mesmo para a sociedade como um todo, nota-se que seria sim imoral proteger a todo custo relações criminosas sob o insubsistente argumento de que a medida incentivaria a traição por parte de membros de organização criminosa.

Caso contrário, o Estado estaria mesmo a tutelar práticas delitivas realizadas pelo crime organizado. Tampouco deve ser tratada como recompensa àquele que cometeu crime, na medida em que esse é o sacrifício ou contraprestação que o Estado deve realizar com vistas a obter provas que de outra forma não lograria êxito em alcançar. Assim é que se revela preferível reduzir a pena de um criminoso se isso resultar na prisão de uma organização criminosa e no retorno de recursos desviados dos cofres públicos, por exemplo.

Além disso, demonstrou-se que a medida não ofende os direitos fundamentais como o do silêncio, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que constitui um negócio jurídico caracterizado pelo acordo de vontades, ocasião em que o colaborador voluntariamente confessa o cometimento de crime e contribui com as investigações, fornecendo provas que corroborem com as informações reveladas, em troca de vantagens pessoais. Por sua vez, os acusados mencionados pelo colaborador terão a oportunidade posterior de exercer sua defesa e impugnar aquilo que lhes for pertinente.

Ademais, o costumeiro argumento de que a colaboração é insegura, pois o colaborador faria uso da medida para falsear a verdade e atacar adversários também se revelou infundado, uma vez que nenhuma condenação judicial poderá ser proferida com fundamento exclusivo em declarações dos colaboradores, exigindo-se, para tanto, corroboração probatória, o que traz segurança ao juízo e inviabiliza depoimentos falaciosos de colaboradores que eventualmente possuam interesses subjacentes.

⁵⁷ MARTINS, Marcelo Guerra; GALLINARO, Fábio; HANASHIRO, Wagner. *A Colaboração Premiada Sob O Enfoque Da Teoria Dos Jogos Num Mundo Regido Pela Informação*. Economic Analysis of Law Review, vol. 10, nº 2, Maio-Agosto, 2019, pag. 315.

⁵⁸ MARTINS, Marcelo Guerra; GALLINARO, Fábio; HANASHIRO, Wagner. *A Colaboração Premiada Sob O Enfoque Da Teoria Dos Jogos Num Mundo Regido Pela Informação*. Economic Analysis of Law Review, vol. 10, nº 2, Maio-Agosto, 2019, pag. 319.

Ainda, esclareceu-se que a colaboração premiada não se confunde com o instituto do *plea bargain*. Em suas essências, ambos os institutos são negócios de autocontrole jurídico que resultam em benefícios aos colaboradores; entretanto, a confissão para a colaboração premiada é mero pressuposto formal para início das tratativas, enquanto para o *plea bargain* é a finalidade precípua.

Na linha das constatações acima realizadas, o presente trabalho buscou destacar a importância da utilização da Análise Econômica do Direito para se compreender que o instituto da colaboração premiada, em essência, altera os incentivos que são irradiados aos indivíduos envolvidos na persecução criminal, os quais são agentes econômicos racionais e que, portanto, adaptam os seus comportamentos de modo a obter a maior satisfação (utilidade) possível. Desse modo, a colaboração premiada visa a conformar um sistema ou mecanismo de incentivos que seja apto à obtenção do comportamento socialmente desejável do agente criminoso, incentivando-lhe a colaborar de forma eficiente com a justiça.

Por fim, buscou-se demonstrar que a colaboração é vantajosa ao réu. Antes da medida, não havia alternativas ao indivíduo. Se descoberta sua participação em um crime, seria processado e, uma vez confirmada sua culpabilidade, seria condenado. Agora o agente, tido como indivíduo dotado de racionalidade e de comportamento voltado à maximização dos seus interesses, dispõe da possibilidade de adotar conduta que não apenas aumenta a sua satisfação e bem-estar, mas também está voltada ao interesse público e a restauração dos danos causados à sociedade.

5. Referências

- ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Prefácio à 3ª edição. In. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- 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.
- BERNARDI BOMBARDELLI, Pablo Giordano. **Colaboração Premiada: criticismo emotivista, análise econômica e natureza do instituto à luz da lei 12.850/13**. Porto Alegre, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019).
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procuradoria-Geral da República cria sistema para monitorar acordos de colaboração premiada.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127483/PR.** Relator (a): MIN. DIAS TOFFOLI. Tribunal do Pleno. Julgado em 27 ago. 2015. Publicado em 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308597935&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 166373/PR.** Relator (a): MIN. EDSON FACHIN. Tribunal do Pleno. Julgado em 02 out. 2019. Acórdão não publicado até o fechamento deste estudo

CAPEZ, Rodrigo. **A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada.** In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CORDEIRO, Nefi. **Delação premiada na legislação brasileira.** Revista Ajuris, Porto Alegre, vol. 37, n. 117, mar. 2010.

COSTA CÂMARA, Guilherme. Colaboração premiada: instrumento político criminal orientado à redução da inerente opacidade do crime organizado. De jure: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2018, n. 30, vol. 17.

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.

GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação.** Salvador – BA: Juspodvm, 2015.

JR., Aury Lopes. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. De jure: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2018, vol. 143.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação penal especial comentada.** 3ª. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MANKIW, Gregory N. **Principles of microeconomics.** 5ª Ed. Mason, OH: Cengage Learning, 2008.

- MARTINS, Marcelo Guerra; GALLINARO, Fábio; HANASHIRO, Wagner. A Colaboração Premiada Sob O Enfoque Da Teoria Dos Jogos Num Mundo Regido Pela Informação. **Economic Analysis of Law Review**, vol. 10, nº 2, pags. 303-319, Maio-Agosto, 2019.
- McADAMS, Richard H. **Beyond the Prisoner's Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law**. 82 Southern California Law Review 209, 2009.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade**. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MILLER, Geoffrey P. **Law and Economics versus Economic Analysis of Law**. In NYU Law and Economics Research Paper, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>. Acesso em: 20 out. 2019.
- POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 5ª ed. New York: Aspen Law and Business, 1998.
- _____. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1607&context=law_and_economics> Acesso em: 06 out. 2019.
- REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos. In **Economic Analysis of Law Review**, vol. 9, nº. 2, pags. 123-142, Maio-Agosto, 2018.
- 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.
- TABAK, B. M. 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 ago. 2019.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. **Revista de Processo**, São Paulo, dez/2009.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics. **Revista de Processo**, vol. 290/2019. Abril de 2019.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- EALR, V.11, nº 3, p.262-278, Set-Dez, 2020