



ANÁLISE ECONÔMICA DA PERDA ALARGADA

Luiz Eduardo Dias Cardoso*
Reinaldo Denis Barbosa**

RESUMO

O presente artigo traça uma análise da perda alargada à luz da Teoria Econômica do Crime. Para tanto, parte-se da exposição acerca dessa teoria e de seus principais fundamentos; apresentam-se as principais nuances dogmáticas da perda alargada, instituto de Direito Penal que expande as fronteiras dos tradicionais instrumentos de confisco; e aplica-se a Teoria Econômica do Crime à perda alargada. O problema consiste em identificar, através do método dedutivo, se a perda alargada efetivamente aumenta de modo significativo os custos esperados pelos potenciais agentes criminosos. Ao final, a hipótese inicialmente lançada – que apresenta resposta afirmativa àquela indagação – é verificada.

Palavras-chave: Direito Penal; Análise Econômica do Direito; Teoria Econômica do Crime; perda alargada; custos.

ECONOMIC ANALYSIS OF THE EXTENDED CONFISCATION

ABSTRACT

This article presents an economic analysis of the extended confiscation. It starts with an exposition about this theory and its main foundations; after, it presents the main information about the extended loss, an Criminal Law institute that expands the borders of the traditional instruments of confiscation; then, it applies the Economic Theory of Crime to the extended loss. The problem consists in identifying, through the deductive method, whether the extended confiscation effectively increases the costs expected by potential criminal agents. In the end, the initial hypothesis – which presents an affirmative answer to that question – is verified.

Keywords: Criminal Law; Economic Analysis of Law; Economic Theory of Crime; extended confiscation; costs.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar, à luz da Teoria Econômica do Crime, uma análise econômica da perda alargada.

* Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito – UFSC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Univali e pela ABDConst. Membro do Grupo de Estudos de Teoria Econômica do Crime (GETEC/UFSC). Advogado. E-mail: luizeduardo.cardoso@gmail.com. Endereço postal: Boulevard Paulo Zimmer, 101, ap. 1302, torre II, bairro Agronômica, Florianópolis/SC, CEP 88025-340.

** Mestrando do PPGD/UFSC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali. Graduado em Direito pelo CESUSC. Pesquisador do Núcleo de Estudos Criminais da UFPR e do GETEC/UFSC. Advogado. E-mail: reinaldodenis@gmail.com. Endereço postal: Rua João Evangelista da Costa, 915, bairro Jardim Atlântico, Florianópolis/SC, CEP 88090-301.



A Teoria Econômica do Crime – desenvolvida sobretudo a partir do artigo *Crime and punishment: an economic approach*, de Gary Becker – é utilizada, portanto, como a teoria de base subjacente ao presente trabalho. O marco teórico, por sua vez, remete exatamente à obra de Becker, sobretudo a partir da aceção de que os criminosos e potenciais criminosos – ou seja, todos os indivíduos – são agentes racionais que ponderam os custos e os benefícios esperados de suas condutas, de forma que somente praticarão determinado crime se o *tradeoff* aí envolvido for positivo.

Já a perda alargada constitui o objeto de análise do presente artigo. Trata-se de instituto de Direito Penal que expande as fronteiras dos tradicionais instrumentos de confisco, de forma a permitir que se decrete não apenas a perda dos bens vinculados a uma condenação, mas de todos aqueles que se mostrem incongruentes com os rendimentos lícitos do condenado.

Nesse contexto, a partir do ferramental teórico e metodológico provido pela Análise Econômica do Direito e, particularmente, pela Teoria Econômica do Crime, formula-se o seguinte problema: a perda alargada efetivamente incrementa os custos esperados pelos agentes? Essa indagação é formulada sobretudo com o intuito de identificar se, uma vez adotado pela legislação penal brasileira, aquele instituto penal apresenta o potencial de dissuadir potenciais criminosos.

Os objetivos aqui almejados consistem em apresentar a Teoria Econômica do Crime e seus fundamentos centrais, delinear as principais nuances dogmáticas da perda alargada e, por fim, verificar ou falsear a hipótese acima descrita.

Para tanto, a primeira sessão apresentará um breve panorama acerca da Análise Econômica do Direito e da Teoria Econômica do Crime, com especial ênfase à obra de Becker.

Na sequência, apresentar-se-á a perda alarga e demonstrar-se-á como se opera, na prática, esse instituto penal. Além disso, a perda alargada será cotejada com as modalidades de perda já previstas pela legislação brasileira. Mais adiante, indicar-se-ão os anteprojetos e projetos legislativos que buscam incorporar aquele novel instituto ao ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, passar-se-á à reflexão acerca da perda alargada à luz da Teoria Econômica do Crime. Para clarificar a exposição, desenvolver-se-á uma função que ilustra a forma como, na prática, a perda alargada ingressa na ponderação entre os custos e benefícios esperados



pelos agentes. Assim, ao final, avaliar-se-á se a hipótese inicialmente lançada foi verificada ou falseada.

O presente trabalho é desenvolvido a partir do método dedutivo, uma vez que parte de aceções abrangentes acerca da Teoria Econômica do Crime e da perda alargada, com o objetivo de formular uma conclusão específica quanto ao papel daquele instituto no cálculo racional efetuado pelos agentes previamente ao cometimento – ou não – de delitos.

2. A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

A Análise Econômica do Direito é uma escola de pensamento juseconômico que surgiu nos Estados Unidos da América, sobretudo a partir da segunda metade do século XX.

Como se depreende de sua denominação, a Análise Econômica do Direito³ assenta-se principalmente na simbiose entre o Direito e a Ciência Econômica; é, portanto, uma forma de enxergar os fenômenos jurídicos através de uma lente econômica.

Na primeira metade do século XX, os estudos de Direito e Economia eram confinados às áreas do Direito em que o conteúdo econômico – sobretudo macroeconômico⁴ – era mais evidente, como o Direito Concorrencial, o Direito Econômico e o Direito Tributário.

Todavia, a partir da publicação de alguns trabalhos germinais, esse cenário mudou, de forma que a análise econômica se estendeu para áreas além daquelas antes mencionadas. Foi relevante, nessa expansão, a publicação de “*The problem of social cost*”, de Ronald Coase (1960), e de “*Some thoughts on risk distribution and the Law of torts*”, de Guido Calabresi. A partir da publicação e do debate acerca desses trabalhos seminais, a análise econômica não mais encontrou fronteiras: passou a ser aplicada, assim, à responsabilidade civil, aos contratos, às famílias e – o que é mais importante – aos crimes e às punições.

A Teoria Econômica do Crime surgiu com a publicação do artigo “*Crime and punishment: an economic approach*” (“Crime e punição: uma abordagem econômica”, em tradução livre), de autoria do economista americano Gary Becker (1974).

³ “Análise Econômica do Direito” é uma expressão ambígua, que pode designar tanto os estudos de Direito e Economia de uma forma geral quanto uma escola específica dentro desses estudos: a Escola de Chicago, à qual pertencem alguns dos mais importantes teóricos, como Ronald Coase, Gary Becker e Richard Posner. Neste artigo, atribui-se à expressão em questão o segundo dos significados acima apresentados, atinente à Escola de Chicago.

⁴ A macroeconomia corresponde àquela visão que mais tradicionalmente se concebe acerca da Ciência Econômica: fala-se nas ações dos governos, inflação, mercados etc. Rossetti (1990, p. 71), em uma definição mais técnica, elucida que a macroeconomia “cuida do desempenho das economias nacionais e das políticas que os governos usam para tentar melhorar o desenvolvimento”, concentrando-se no estudo “agregativo da atividade econômica, magnitudes globais, com vistas à determinação das condições gerais de crescimento”.



É curiosa a situação cotidiana que fez Becker passar a dedicar-se a uma área que até então não era objeto das análises econômicas. O estudioso relata (BECKER, 1997) que começou a refletir acerca dos crimes na década de 1960, após dirigir para a Universidade de Columbia para um exame oral de um estudante de Teoria Econômica. Naquela oportunidade, Becker estava atrasado e teve que decidir entre estacionar o carro em um estacionamento particular ou arriscar ser alvo de uma multa por estacionar irregularmente na rua. Narra, então, que calculou a probabilidade de ser multado, a dimensão da multa e o custo de colocar o carro em um estacionamento, motivo pelo qual resolveu arriscar-se e estacionar na rua – o que, no final das contas, não lhe rendeu uma multa. Mais ainda, Becker conta que, após andar algumas quadras até a sala de aula, lhe ocorreu que as autoridades de trânsito provavelmente elaborariam o mesmo cálculo que ele formulou: a frequência da inspeção de carros estacionados e a dimensão da sanção imposta aos violadores dependeria das suas estimativas quanto ao tipo de cálculo que os próprios violadores – como ele próprio – fariam.

Apesar de esse *insight* determinar o marco inicial da Análise Econômica do Direito Penal, as raízes da economia do crime são mais remotas. O próprio Becker alerta que sua aplicação de uma moldura econômica à análise de comportamentos ilegais não era exatamente uma novidade, porque Cesare Beccaria⁵ e Jeremy Bentham⁶, dois importantes artífices das ciências penais durante os séculos XVIII e XIX, explicitamente aplicaram um cálculo econômico a essas questões. A Teoria Econômica do Crime, portanto, nada mais é senão a ressurreição, a modernização e o desenvolvimento desses estudos pioneiros.

Apesar de as obras de Beccaria e Bentham não contarem com a sofisticação técnica que caracteriza a Teoria Econômica do Crime, há algumas premissas econômicas bastante evidentes no pensamento de tais autores acerca dos crimes e das punições.

Beccaria, em seu célebre ensaio “Dos delitos e das penas” (2000), publicado em 1764, mudou a forma como se veem o crime e as penas, e significativa parcela dessa inovação pode ser creditada à análise econômica aí empreendida.

⁵ “Criminalista e economista italiano. Foi um dos primeiros a tratar do comércio internacional, a defender a aplicação da matemática à economia e analisar a função do capital e a divisão do trabalho [...]. Na obra *Dei Delitti e delle Pene* (Dos Delitos e das Penas), de 1764, Beccaria condena o sistema penal e penitenciário da época, sobretudo os processos secretos, as torturas e a desigualdade das penas em função de diferenças de classe social. A partir dessa obra, foram criados os fundamentos jurídicos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento básico da Revolução Francesa” (SANDRONI, 1999, p. 49).

⁶ “Filósofo, jurista e economista inglês, criador do utilitarismo [...]. Com *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação), de 1789, Bentham expôs a doutrina utilitarista que o tornaria célebre” (SANDRONI, 1999, p. 52).



Bentham (1943), da mesma forma, empreendeu uma leitura eminentemente econômica – quase matemática – acerca dos crimes e das penas. O autor inglês, vale dizer, sofreu considerável influência de Beccaria, a quem creditou muitos de seus principais *insights*.

Os elementos econômicos presentes na obra desses pensadores dizem respeito, inicialmente, à racionalidade dos agentes: concebia-se, assim, que os seres humanos são racionais e que, portanto, cometem crimes se – e somente se – o custo-benefício for positivo, isto é, se os lucros (não apenas monetários, mas qualquer vantagem decorrente de um crime) superarem a possível punição. Beccaria e Bentham ainda enfatizaram a relevância da certeza e da proximidade da pena; assim, mais do que severa (pense-se, por exemplo, nas penas de morte e de tortura, até então muito comuns), a aplicação da pena deveria ser certa – bastante provável – e célere.

Outro célebre estudioso da Análise Econômica do Direito no século XX que prestou valiosas contribuições para a Teoria Econômica do Crime, Richard Posner (1985, p. 1.193) também observou que o início mais remoto da teoria em questão remonta às obras de Beccaria e Bentham, resgatados séculos mais tarde pelas mãos de Becker.

A partir desse renascimento da Teoria Econômica do Crime, houve uma efusão de pesquisas econômicas acerca do Direito Penal, concentradas em temas tais como a certeza e severidade das punições, a comparação entre as propriedades econômicas das multas e da prisão, os custos relativos ao aparato estatal de controle da criminalidade e, sobretudo, os efeitos dissuasórios e preventivos da sanção penal (aí incluída a pena de morte).

Assim como as obras de Beccaria e Bentham se assentavam sobre alguns pressupostos fundamentais, o mesmo se observa acerca da Teoria Econômica de Crime desenvolvida a partir da obra de Becker, a qual, não à toa, se vale de muitas das lições providas por aqueles clássicos autores antes mencionados.

A propósito, a racionalidade dos agentes ainda representa um pressuposto elementar da Teoria Econômica do Crime, assim como se observou em relação às obras de Beccaria e Bentham. Hodiernamente, fala-se na teoria das escolhas racionais. Transposta essa teoria para o âmbito do Direito Penal, concebem-se os crimes como atividades econômicas quaisquer – trata-se, exatamente por isso, de um pensamento amoral, isto é, desprovido de juízos morais – e as penas como preços. Ainda se afirma que o agente, ao ponderar suas escolhas quanto ao cometimento de algum crime, leva em conta a punição esperada, isto é, a pena legalmente



cominada à conduta multiplicada pela probabilidade de que essa punição seja efetivamente imposta.

Assim, considerando que a pena mínima cominada no Código Penal brasileiro ao homicídio simples (art. 121 do Código Penal) é de 6 anos de reclusão e que a punição desse delito ocorre em somente 10% dos casos (uma estimativa bastante otimista, quiçá irreal⁷), pode-se dizer que a pena mínima esperada para o homicídio é de 0,6 anos de reclusão⁸. Diante disso, a Teoria Econômica do Crime prega que se o agente, ponderando custos e benefícios, considerar que a relação lhe é benéfica, ele praticará a conduta em questão – é essa, pelo menos, a escolha racional.

Outro elemento importante da Teoria Econômica do Crime – e da Análise Econômica do Direito em geral – é o recurso a pressupostos microeconômicos⁹. Isso, a propósito, representa uma mudança que ilustra uma evolução dos estudos de Direito e Economia. Como se disse acima, esses estudos eram inicialmente confinados a áreas em que o conteúdo econômico era mais evidente; à época, recorria-se sobretudo à macroeconomia. Com a expansão da análise econômica a outras áreas do Direito, os estudiosos dessa nova teoria passaram a se valer dos preceitos microeconômicos. Um exemplo bastante ilustrativo quanto a isso é a utilização da teoria dos preços, particularmente no que toca à oferta e à demanda, que possibilita a equiparação de penas a preços e a concepção de que existe um “mercado do crime”, regulado exatamente por leis implícitas de oferta e demanda.

No mesmo sentido, aspecto bastante relevante quanto à Teoria Econômica do Crime diz respeito a seu caráter modelar, isto é, à sua capacidade de traçar modelos quanto aos custos e às punições. A Análise Econômica do Direito Penal não tem a pretensão de explicar individualmente, em todos os casos, quais são as causas que conduziram o agente ao cometimento de determinado crime. A sua missão, em vez disso, consiste na formulação de um modelo que funcione a nível geral. Exatamente por isso, a Teoria Econômica do Crime

⁷ Estima-se que, no Brasil, a taxa de elucidação de homicídios orbita entre 5% e 8%. http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf

⁸ Resultado da seguinte multiplicação: $6 \times 0,1 = 0,6$, em que 6 representa a pena mínima legalmente ao homicídio, 0,1 representa a probabilidade de imposição dessa punição (10%) e 0,6 representa a punição esperada.

⁹ A microeconomia examina as escolhas individuais e o comportamento de grupo em mercados individuais sob condições de escassez e suas implicações para o comportamento de preços, ou seja, preocupa-se com o comportamento dos consumidores e produtores, com vistas à compreensão do funcionamento geral do sistema econômico e, “por isso, também é conhecida como teoria dos preços uma vez que é através do sistema de preços que as ações dos produtores e consumidores podem ser articuladas” (ROSSETTI, 1990, p. 51-52).



exclui de sua análise minúcias que, muito embora possam ser relevantes em casos específicos, não o são ao nível geral da população.

A última característica da Teoria Econômica do Crime a ser aqui destacada – para mencionar apenas algumas das principais – diz respeito a seu vanguardismo em relação às teorias criminológicas existentes por ocasião de seu surgimento. Na década de 1960, as concepções dominantes eram guiadas pela opinião de que o comportamento criminal era causado por doenças mentais e pela opressão social e de que os criminosos são vítimas desamparadas. A análise econômica empreendida por autores como Becker recusou-se a aceitar tais concepções e as refutou. Promoveu, assim, uma “despatologização” dos criminosos, que passaram a ser vistos como agentes quaisquer, independentemente de sua classe social e de atributos genéticos ou raciais. A teoria econômica não formula, portanto, um estereótipo do criminoso, como ocorria, por exemplo, na obra de Lombroso (fundada em características biológicas e atávicas) e nas teorias marxistas radicais do começo do século XX.

Essas são, em uma apertada síntese, algumas das principais características da Teoria Econômica do Crime.

Assim, a partir do ferramental teórico – e sobretudo metodológico – provido pela Teoria Econômica para a análise das questões vinculadas aos crimes e às punições, é possível refletir, por exemplo, a respeito de determinados institutos penais e dos efeitos práticos de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, elege-se a perda alargada. Buscar-se-á, portanto, traçar uma análise econômica de tal instituto penal. Contudo, é necessário que previamente se apresentem as principais nuances dogmáticas da perda alargada.

3 AS PRINCIPAIS NUANCES DOGMÁTICAS DA PERDA ALARGADA

Em seu art. 91, II, *b*, o Código Penal institui a chamada perda clássica, que consiste em efeito secundário da condenação em razão do qual é decretada “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”, (inciso II) “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (alínea *b*).

No § 1º do art. 91 (acrescido somente em 2012), o legislador previu ainda a possibilidade de perda por equivalente, nos seguintes termos: “poderá ser decretada a perda de



bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”.

Verifica-se, portanto, que o confisco não necessariamente se restringe àqueles bens diretamente obtidos pelo criminoso com a prática do delito pelo qual ele é condenado; em razão do que dispõe o art. 91, § 1º, do Código Penal, a perda pode atingir também “bens ou valores equivalentes”. Busca-se, com isso, superar eventuais dificuldades em localizar os bens que constituem o proveito do crime. De qualquer forma, as modalidades de perda legalmente consagradas restringem-se aos valores relativos ao crime em razão do qual o agente é condenado.

Imagine-se, para dar concretude às assertivas legais, um caso em que um agente público é condenado pela prática de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), crime em razão do qual recebeu, como “vantagem indevida” a que alude a lei, um veículo de luxo avaliado em R\$ 500.000,00. Em razão do que dispõe o art. 91, II, *b*, do Código Penal, deve ser decretada a perda desse veículo. Se, todavia, houver dificuldades para a localização desse automóvel – que pode se encontrar no exterior ou em nome de terceiros (“laranjas”) não identificados, por exemplo –, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes. Assim, se o agente dispuser de R\$ 500.000,00 em sua conta bancária, a sentença condenatória poderá decretar o confisco desse montante, ainda que sua origem seja lícita.

De maneira geral, a perda ou confisco (utilizar-se-ão, indistintamente, ambos os termos) representa “a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”, como se extrai do artigo 2º, alínea *g*, da Convenção de Mérida (também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003), de modo similar ao que dispõe a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000), em seu art. 2º, alínea *g*.

A perda clássica e a perda por equivalente são efeitos secundários extrapenais da condenação¹⁰. Diz-se “extrapenais” porque a perda, em geral, pertence ao âmbito civil, uma

¹⁰ Os efeitos da condenação são “todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença irrecorrível. O fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros, secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham” (PRADO, 2007, p. 686). Os efeitos principais são aqueles decorrentes da condenação imposta a um sujeito, dos quais ressaí como exemplo mais evidente a perda da liberdade. Os efeitos secundários, por sua vez, são aqueles que, obrigatória ou facultativamente – a depender da espécie –, acompanham os efeitos primários.



vez que decorre do princípio de vedação ao enriquecimento ilícito¹¹. Acrescenta-se, ademais, que a perda é um efeito não-automático da condenação, porquanto sua decretação demanda expressa determinação nesse sentido na sentença penal condenatória.

Vale observar, ainda, que a perda é prevista pelo Código Penal não somente como efeito secundário da condenação, mas também como pena restritiva de direito (art. 43, II) que pode ser aplicada em substituição às penas privativas de liberdade. A própria Constituição Federal prevê a perda de bens como uma das sanções penais, no artigo 5º, incisos LXV (reparação do dano) e LXVI (pena).

A par das modalidades de perda já consagradas pelo ordenamento jurídico, há ainda uma outra modalidade de confisco, denominada perda alargada, que nada mais é senão a expansão da perda clássica.

A perda alargada permite não só o confisco dos bens vinculados ao crime em razão do qual houve uma condenação (art. 91, II, *b*) ou dos bens equivalentes (§ 1º), mas também de todo o patrimônio do condenado que se revela incongruente com seus rendimentos lícitos.

A operacionalização da perda alargada em geral se dá mediante a instauração de um processo incidente (que pode tramitar paralela ou posteriormente à ação penal), cujo objeto é o patrimônio do condenado; trata-se de uma verdadeira investigação patrimonial. Se a investigação indicar que o agente possui patrimônio incompatível com seus rendimentos lícitos e, mais, que essa parcela incongruente do patrimônio é presumivelmente oriunda de atividades ilícitas – é necessário que haja uma demonstração, ainda que tênue, da prévia carreira criminoso do agente –, e se não houver comprovação da origem lícita dessa parcela do patrimônio, será possível a decretação da perda (dita perda alargada, porque não se restringe apenas ao crime objeto da condenação) dos bens que compõem essa parcela cuja presunção de ilicitude não for elidida.

Se, no caso do exemplo acima mencionado (corrupção passiva), uma investigação apontasse que o patrimônio do condenado (não somente o veículo de luxo) é incompatível com os rendimentos ínsitos a seu cargo e que esse patrimônio incongruente é presumivelmente oriundo de outras atividades ilícitas (como outros atos que caracterizem

¹¹ Ressalva-se que há divergências quanto ao caráter penal ou extrapenal da pena. Moro (2010, p. 168), por exemplo, aduz que o caráter punitivo do confisco é questionado, principalmente diante do fato de que seu principal objetivo é o do retorno do status quo vigente antes da prática do crime; em outras palavras, aquele mecanismo confiscatório visa, unicamente, à reposição da situação existente antes da prática delitiva. Assim, se o confisco não inova a situação patrimonial do criminoso ou da vítima, não se poderia classificá-lo como pena.



corrupção passiva ou mesmo outros crimes contra a Administração Pública), será possível decretar a perda de toda essa parcela do patrimônio do agente.

A perda alargada surgiu, eminentemente, para superar as dificuldades probatórias impostas pelos instrumentos tradicionais de confisco – como é o caso da perda instituída pelo art. 91, II, *b*, do Código Penal –, que impõem a demonstração do nexa entre os bens a serem apreendidos e o crime objeto da persecução penal. Nesse sentido, a inclusão da perda por equivalente (art. 91, § 1º) já representou uma pequena evolução, que agora pode ser aprofundada com a adoção de modalidades estendidas de confisco.

A adoção da perda alargada também indica que as penas privativas de liberdade paulatinamente têm cedido espaço a outras medidas sancionatórias – usualmente patrimoniais, como é o caso do confisco de bens –, geralmente norteadas pelo objetivo de asfixiamento financeiro dos agentes e das organizações criminosas (SIMÕES; TRINDADE, 2009, p. 2). Com efeito, a perda alargada recai sobre delitos comumente praticados por organizações criminosas, que se por um lado são praticamente insensíveis a penas privativas de liberdade – em razão sobretudo da “fungibilidade” dos agentes, facilmente substituíveis –, por outro são severamente atingidas quando lhes é retirado seu mais importante recurso: o capital.

Nesse sentido, a doutrina tem apontado que a perda alargada é vocacionada a três fins principais: a acentuação da prevenção geral e especial (sob a lógica de que “o crime não compensa”); a imobilização de ativos ilícitos, que não poderão ser reaplicados em atividades criminosas; e a redução dos riscos de concorrência desleal, decorrentes da inserção de valores ilícitos em atividades econômicas lícitas (o que configura a lavagem de dinheiro) (SIMÕES; TRINDADE, 2009, p. 2; DUARTE, 2013, p. 14).

Com esses objetivos em vista, verifica-se que muitos países europeus, além dos Estados Unidos da América, têm adotado a perda alargada já há algumas décadas. Apenas para citar o exemplo de uma nação culturalmente próxima, pode-se citar que Portugal adotou a perda alargada há quase 20 anos, com a promulgação da Lei n. 5/2002.

No âmbito internacional, a perda alargada já era vagamente mencionada pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (também conhecida como Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 154/1992), de 1988, bem como pelas já mencionadas Convenções de Mérida e de Palermo. A Convenção de Viena, particularmente, prevê cada país signatário “considerará a possibilidade de inverter o



ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco”.

Mais recentemente, esse instituto ganhou força com a edição, pelo Parlamento Europeu, da Diretiva¹² n. 2014/42, que exorta os Estado-membros da Comunidade Europeia a adotar a perda alargada, com vistas a incrementar a eficiência no controle da criminalidade organizada e transnacional.

Há, como se vê, uma tendência internacional à adoção da perda alargada, a qual tem ganhado força nos últimos anos.

Essa tendência recentemente chegou ao Brasil, sobretudo com a proposição das “Dez Medidas contra a Corrupção”, que representam um pacote de medidas a serem adotadas no combate à corrupção.

Na verdade, a perda alargada é objeto de pelo menos uma dezena de projetos de lei¹³. O mais recente deles – Projeto de Lei n. 882/2019 – é oriundo do “Pacote Anticrime” apresentado em fevereiro deste ano pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública.

Seja por conta da adesão do Brasil a convenções internacionais que dispõem acerca da perda alargada, seja em razão dos debates legislativos que inexoravelmente ocorrerão, verifica-se que é fundamental discutir acerca da adoção dessa nova modalidade de confisco pela legislação brasileira, bem como os efeitos decorrentes da incorporação desse instrumento ao ordenamento jurídico. Para tanto, utiliza-se o ferramental teórico e metodológico provido pela Análise Econômica do Direito e, particularmente, pela Teoria Econômica do Crime, sobretudo com o objetivo de refletir se a perda alargada efetivamente incrementará os custos esperados pelos agentes por ocasião do cálculo racional quanto ao cometimento, ou não, de um delito.

4 A PERDA ALARGADA À LUZ DA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

Nos tópicos anteriores, abordaram-se a Teoria Econômica do Crime e a perda alargada – temas que, embora ligados pelo fato de dizerem respeito às ciências criminais, não

¹² Ato normativo do Parlamento Europeu que prevê diretrizes e objetivos a serem acolhidos pelos Estados-membros, a fim de que harmonizem suas legislações.

¹³ A perda alargada é abordada nas Dez Medidas Contra a Corrupção, nas Novas Medidas Contra a Corrupção e nos seguintes Projetos de Lei: a) da Câmara dos Deputados – PLS 3.912 e 4.003, de 2015; 4.268, 6.719 e 4.850 (Dez Medidas Contra a Corrupção), de 2016; 8.727 e 9.173, de 2017; 11.127, 11.172 e 10.372, de 2018; 94 e 882 (“Projeto de Lei Anticrime”), de 2019; b) no Senado Federal – PLS 103 e 306, ambos de 2016.



têm uma relação explícita entre si. O que se pretende, nas próximas linhas, é unir essas reflexões e realizar uma análise econômica da perda alargada.

Como antecipado, a perda alargada surgiu no final do século XX, em países como a Alemanha, a Inglaterra e os Estados Unidos, como forma de combater sobretudo o tráfico de drogas e a criminalidade econômica organizada.

Busca-se, com a instituição da perda alargada, um acréscimo às formas tradicionais de imposição do *ius puniendi* (o poder de punir estatal) – nomeadamente as penas preventivas de liberdade e de multa, além do próprio confisco clássico –, de forma a acentuar os fins de prevenção geral e especial da pena. Trata-se, em suma, da lógica de que o crime não deve compensar.

Esse velho adágio – “o crime não compensa” (ou pelo menos não deveria compensar) –, apesar de bastante arraigado ao senso comum, acaba por sintetizar boa parte dos pressupostos da Teoria Econômica do Crime. A lógica é simples: se determinada atividade não compensa, os indivíduos não a praticarão, independentemente de se tratar de uma atividade lícita ou ilícita.

A própria pressuposição de que os indivíduos são seres racionais que ponderam custos e benefícios é subjacente à ideia de que o crime não deve compensar.

A Teoria Econômica do Crime traduz esse raciocínio em uma equação matemática, que pode ser expressa da seguinte forma: $C = S \times P$, em que C é o custo do crime, S é a sanção legalmente cominada a esse mesmo crime, e P é a probabilidade de punição do agente. Assim, para que o crime não compense, o produto da multiplicação entre S e P (que corresponde à punição esperada ou custo esperado) deve ser superior a L (o lucro esperado com o crime), isto é, $L < S \times P$.

A partir daí, todavia, surge um problema: em situações nas quais a variável P (correspondente à probabilidade de punição¹⁴, a variável S (sanção penal) deve ter um valor muito elevado para que o produto de $S \times P$ seja superior a L . Se, todavia, L for superior a $S \times P$, o crime compensará e, assim, a escolha racional consistirá em praticar o crime em questão.

De qualquer forma, a sanção penal não pode ser indiscriminadamente manipulada. A Constituição Federal e todo o feixe de princípios penais dela imanentes impõem limites às

¹⁴ A variável P tem um valor que oscila entre 0 e 1, em que 0 significa que nenhum criminoso é sancionado, e 1 significa que todos o são.



sanções penais, como é o caso do princípio da proporcionalidade e da vedação à tortura e à pena de morte. Assim, desenha-se um contexto em que vale a pena incidir em condutas criminosas.

O caso dos crimes relacionados à corrupção é um exemplo ilustrativo desse problema. Em estudo orientado pela metodologia da Análise Econômica do Direito, estimou-se que a eficácia do sistema judicial em relação à corrupção é de 3,17% (GICO JR.; RIBEIRO, 2011). Isso significa que, para os crimes em questão, a variável P tem um valor de 0,0317.

Como o valor de P é baixíssimo, para que o crime não compense – ou seja, para que o custo esperado pelo agente seja maior que o benefício esperado –, S deverá ter um valor muitíssimo elevado. Seria o caso, por exemplo, de impor penas perpétuas ou até mesmo de morte àqueles agentes condenados por corrupção. Todavia, como se advertiu acima, isso é inviável, porque implicaria a violação de diversos direitos e garantias que a Constituição Federal assegura aos cidadãos.

A melhor alternativa consistiria, então, em aumentar o valor de P , o que significa, em outros termos, diminuir a impunidade. Há vários meios de se obter esse resultado, mas a grande maioria dessas soluções demanda um significativo aumento dos valores despendidos pelo Estado com o *enforcement*, isto é, com a aplicação da lei penal e todo o aparato aí envolvido (polícias, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, COAF, Receita Federal...).

Nesse cenário, a adoção da perda alargada representa uma alternativa menos custosa¹⁵, que permite um significativo incremento da punição esperada sem que isso implique violação aos princípios penais albergados pela ordem constitucional¹⁶.

Com efeito, esse instituto permite que se decrete a perda não somente dos bens estritamente vinculados ao crime em razão do qual houve uma condenação (efeito que atualmente já decorre do art. 91, II, *b*, do Código Penal), mas também de todos aqueles presumivelmente oriundos de crimes anteriores.

Imagine-se, então, um criminoso que comete delitos relacionados a atos corrupção por diversas vezes. A cada novo crime, a punição esperada aumentará, porque, além de estar

¹⁵ Não se pode subestimar, é óbvio, a urgência e a necessidade de investimentos nas instituições mencionadas, que em regra são carentes dos recursos necessários à realização plena de suas incumbências.

¹⁶ Para uma análise quanto à conformidade da perda alargada com a Constituição Federal, v. SOUZA; CARDOSO, 2016.



sujeito às penas cominadas a esse novo crime, o criminoso também se sujeitará a perder todo o lucro obtido com os crimes anteriores, ainda que estes delitos não sejam objeto de uma condenação criminal.

Esse cenário pode ser descrito na seguinte equação: $C = (P \times S) + (ppa_1 \times L_1) + (ppa_2 \times L_2) + (ppa_3 \times L_3) \dots$, em que C , P e S representam as mesmas variáveis acima apresentadas (custo do crime, probabilidade de punição e sanção), ppa_1 significa a probabilidade de decretação de perda alargada em relação ao crime 1, L_1 significa o lucro do crime 1, ppa_2 significa a probabilidade de decretação de perda alargada em relação ao crime 2, L_2 significa o lucro do crime 2, e assim por diante¹⁷.

Enquanto a multiplicação $(P \times S)$ representa a punição esperada pelo crime atual, a soma das multiplicações $(ppa_1 \times L_1) + (ppa_2 \times L_2) + (ppa_3 \times L_3) \dots$ representa a “perda alargada esperada” (ou seja, a perda alargada relativa a todos os crimes pretéritos¹⁸).

Assim, a soma da punição esperada pelo crime atual com a “perda alargada esperada” representa o custo total esperado pelo criminoso correspondente à possível prática do próximo crime. Nesse cenário, cometer o crime somente representará uma conduta racional se L for superior à multiplicação de todos os outros termos.

Para ilustrar o que se afirma, suponha-se o caso de um agente envolvido em três crimes anteriores de corrupção passiva, o primeiro com propina no valor de cinquenta mil reais, o segundo com propina no valor de sessenta mil reais e o terceiro com propina no valor de cem mil reais. Suponha-se, ainda, que a probabilidade de ser decretada a perda alargada é de 40% no caso do primeiro crime, 50% no caso do segundo e 60% no caso do terceiro¹⁹. Diante de oportunidade para reincidir na conduta delitiva em questão, o agente se colocará diante do seguinte cálculo: $C = (50.000 \times 0,4) + (60.000 \times 0,5) + (100.000 \times 0,6) + (P \times S)$, ou seja, $C > 130.000 + (P \times S)$.

¹⁷ Ressalte-se que, igualmente imbuído da lógica de que o crime não deve compensar, o Código Penal também impõe penas mais severas àqueles que tornam a cometer crimes: para tanto, existe, por exemplo o instituto da reincidência.

¹⁸ Frisa-se que, nos países que adotam a perda alargada, há uma limitação temporal para a sua aplicação. A Lei n. 5/2002 de Portugal, por exemplo, exclui da incidência da perda alargada os bens que estejam sob o domínio do criminoso mais de 5 anos antes do crime pelo qual é processado. Em sentido semelhante, o *Proceeds of Crime Act*, do Reino Unido, impõe uma limitação temporal de 6 anos.

¹⁹ Por mais que se trate, evidentemente, apenas de um exemplo, vale esclarecer que, embora à primeira vista as probabilidades de imposição de perda alargada em relação aos crimes anteriores soem exageradas, isso se explica pelo fato de que o *standard* probatório necessário à imposição dessa forma de confisco é o da preponderância de provas, inferior ao nível de prova demandado para uma condenação criminal, que é o da prova além de qualquer dúvida razoável (CARDOSO, 2019).



Isso significa que o custo esperado para o agente em relação ao possível quarto crime de sua carreira criminosa será de R\$ 130.000,00 (a “perda alargada esperada”, relativa aos três crimes de corrupção passiva pretéritos) mais o valor da punição esperada pelo próprio crime atual (representado pela multiplicação $P \times S$)²⁰.

Assim, além de a pena esperada aumentar à medida que o agente continue a cometer novos crimes – o que ocorre por conta de fatores objetivos (como a reincidência) e subjetivos (como aqueles disciplinados no art. 59 do Código Penal) –, o custo esperado de sua conduta também aumentaria, porque a cada novo crime o agente impõe a si próprio o risco de perder todo o patrimônio criminal anteriormente adquirido (ressalvadas as limitações temporais eventualmente impostas pela legislação penal à perda alargada).

Dessa forma, não se trata simplesmente de aumentar o custo esperado em relação ao possível crime, mas de tornar mais abrangente e mais complexa a punição esperada, de forma a fazer com que as vantagens oriundas de práticas criminais sejam incertas e, em última instância, o crime não compense.

É essa, basicamente, a dinâmica da perda alargada à luz da Teoria Econômica do Crime. É evidente que essa teoria, especialmente quando articulada por economistas, apresenta uma sofisticação econométrica e matemática muito superior àquela contida nestas breves linhas.

A análise aqui traçada é, evidentemente, uma abordagem bastante singela, mas que buscou evidenciar, a partir de um raciocínio microeconômico, a forma como se opera a perda alargada na prática.

²⁰ É difícil imaginar que se possa expressar financeiramente o custo de uma pena de prisão, mas os economistas que trabalham com a Teoria Econômica do Crime o fazem; levam em conta, aí, sobretudo o custo de oportunidade envolvido, isto é, os ganhos que o agente deixar de auferir por estar preso. O próprio Becker (1974, p. 5), porém, acredita que “o custo das diferentes punições para um delinquente pode ser comparável através da sua conversão em seu equivalente monetário ou de valor, o qual, é evidente, é diretamente mensurável apenas para multas. Por exemplo, o custo de uma prisão é a soma dos ganhos cessados e do valor colocado nas restrições de consumo e liberdade. Como os ganhos cessados e o valor creditado às restrições da prisão variam de pessoa para pessoa, o custo de uma sentença que condena à prisão de determinada duração não é uma quantidade única, mas é geralmente maior, por exemplo, para pessoas que lucrariam mais fora da prisão. O custo para cada delinquente seria maior quanto maior fosse a sentença de prisão, uma vez que os lucros e o consumo cessantes são positivamente relacionados com a extensão das sentenças”.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, que buscou traçar uma análise econômica da perda alargada, orbitou em torno da indagação quanto ao efetivo incremento dos custos esperados por meio da incorporação daquele instrumento ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, partiu-se de exposição acerca dos fundamentos centrais da Teoria Econômica do Crime. Demonstrou-se que se trata de área da Análise Econômica do Direito desenvolvida sobretudo a partir da publicação do artigo *Crime and punishment: an economic approach*, do economista Gary Becker.

Na sequência, apresentou-se a perda alargada. Iniciou-se com a apresentação dos instrumentos de confisco já adotados pela legislação brasileira – a perda clássica e a perda por equivalente – e demonstraram-se suas insuficiências. Mais adiante, discorreu-se acerca da perda alargada, com especial ênfase à sua origem e à forma como tal instituto é operacionalizado.

Por fim, realizou-se uma análise econômica da perda alargada por meio dos instrumentos providos pela Teoria Econômica do Crime, sobretudo aquele atinente à racionalidade dos agentes, que remete não somente à obra de Becker, mas também aos trabalhos de Beccaria e Bentham. A partir daí, desenvolveu-se uma espécie de função matemática que demonstra o modo como a perda alargada é parametrizada pelo agente potencialmente criminoso em seu cálculo racional, isto é, na ponderação entre os custos e benefícios esperados com a prática de uma conduta delitiva.

Portanto, a hipótese inicialmente lançada – no sentido de que a perda alargada efetivamente incrementa os custos esperados – foi verificada, uma vez que se constatou, a partir dos aportes teóricos da Análise Econômica do Direito, que a adoção daquele instituto implica a imposição de custos adicionais aos agentes racionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. In: BECKER, Gary;

LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. National Bureau of Economic Research. 1974. p. 1-54. Disponível em:

<http://EconPapers.repec.org/RePEc:nbr:nberch:3625>. Acesso em: 5 abr. 2019.





- _____. The economic way of looking at life. In: TORSTEN, Persson (ed.). **Nobel Lectures, Economics 1991-1995**. Singapura: World Scientific Publishing Co., 1997.
Disponível em: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html. Acesso em: 5 abr. 2019.
- BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Cultura, 1943.
- CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. O standard probatório necessário à decretação da perda alargada. **Consultor Penal**. 13. nov. 2018. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/o-standard-probatorio-necessario-a-decretacao-da-perda-alargada/>.
- DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O Combate aos Lucros do Crime – O mecanismo da “perda alargada” constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro**: a inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. 2013. 53 f. Dissertação – Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.
- GICO JR., Ivo; RIBEIRO, Carlos Higinio. Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1. p. 75-98. jan./jun. 2011.
- MORO, Sergio. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 6, n. 85, p. 1.193-1.231, out. 1985.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 1990.
- SANDRONI, Paulo. (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís F. Recuperação de activos: Da perda ampliada à actio in rem (Virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). **Revista Julgar on-line** 2009, p. 3. Disponível em: <https://goo.gl/VC4Kt5>. Acesso em: 5 abr. 2019.
- SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.118, p.233 - 271, 2016.