

7

COLABORAÇÃO PREMIADA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (COOPERATION AGREEMENT AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW)

Pablo Giordano Bernardi Bombardelli¹

RESUMO

A colaboração premiada finalmente foi disciplinada no Brasil como uma técnica investigativa a partir da publicação da Lei 12.850/13, e já há elogiável precedente do STF sobre o tema. Não obstante, alastrou-se pelas mídias a informação de que o STF pode vir a guinar sua interpretação, mormente quanto à extensão dos prêmios. Se a Corte vier mesmo a revisar a questão, será essencial, para uma interpretação e aplicação eficazes da técnica investigativa, levar em conta contributos da análise econômica do direito, pois eles permeiam todo o funcionamento da colaboração premiada.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Direito e economia. Técnica especial de investigação. Teoria da escolha racional. Teoria dos jogos. Intervenção judicial nos contratos.

ABSTRACT

Cooperation agreements have finally been regulated in Brazil as an investigative technique through the proclamation of Lei 12.850/13, and there is already a commendable precedent of the Brazilian Supreme Court on the matter. Nevertheless, the information that the Supre-

¹ Mestrando em direito constitucional na UFRGS. Advogado.

me Court may turn over its current understanding, especially as to the government's obligations, has spread through the media. If the Court actually revisits the issue, it will be essential for effective interpretation and application of the investigative technique to take into account contributions of the economic analysis of law, for they permeate the entire operation of the cooperation agreements.

Keywords: Cooperation agreement. Law and Economics. Special investigative technique. Rational choice theory. Game theory. Judicial intervention in contracts.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Maximização de interesses; 3. Teoria da Escolha Racional; 4. Vinculação à cooperação: o contrato; 5. Teoria dos Jogos e o dilema do potencial colaborador; 6. conclusão

1. INTRODUÇÃO

O ramo de estudos chamado Análise Econômica do Direito, longe de pretender substituir por análises e decisões econômicas o papel central dos textos normativos, das normas² e da hermenêutica, em verdade, apenas potencializa a atividade jurídica, pois oferece, para além dos já bem conhecidos “cânones dogmáticos” (popularizados desde Savigny), elementos de empiria que podem ser empregados na argumentação jurídica³ presente na interpretação e aplicação do Direito.

² Hans Kelsen, o pai de todos os Tribunais constitucionais das atuais democracias, ainda tão cegamente atacado por tantos que confundem juspositivismo com legalismo (ou a crença na interpretação literal), há quase um século já ensinava que texto normativo não se confunde com o significado atribuído a ele, ao escrever sobre a indeterminação normativa: “Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.” (KELSEN, p.388)

³ Há décadas Robert Alexy evidenciou a atividade argumentativa presente na interpretação e aplicação do direito. Conforme esse autor, na justificação externa, que serve para garantir a correção da justificação interna (que seria o pervasivo “silogismo jurídico”), existem ao menos seis grupos de formas de argumentos. Um deles é o das regras e formas da argumentação empírica. Segundo Alexy,

Assente que a Análise Econômica do Direito não tenciona servir-se *do* direito reduzindo-o a um instrumento da economia, mas, pelo contrário, serve ao Direito instrumentalizando o conhecimento econômico. Restaria identificar, os âmbitos jurídicos em que tal matéria tem destacada função. Um deles, como adiante expõe-se, é o mecanismo da colaboração premiada.

Apesar de já amplamente aplicada desde a publicação da Lei n.12.850/13 e de já haver um importante precedente do STF sobre o tema (HC) 127483⁴, essa técnica especial de investigação, devido ao pequeno decurso temporal, ainda não granjeou pacificação de contornos interpretativos na jurisprudência. A possibilidade de guinadas severas no funcionamento da colaboração premiada evidenciou-se no primeiro semestre de 2017, quando pulularam na mídia declarações (inclusive advindas de ministros da própria Suprema Corte) no sentido de o STF vir a interferir no mérito (extensão do prêmio) de acordos de colaboração celebrados no âmbito da já mundialmente conhecida operação Lava Jato. A mencionada operação consubstancia-se até agora na mais efetiva resposta estatal à corrupção sistêmica em toda a história brasileira.⁵

Não há dúvidas de que serão necessárias muitas outras decisões judiciais para haver uma jurisprudência pacificada quanto ao uso de tão efetivo instrumento probatório. E, ao desempenhar essa atividade, os juízes podem melhor proceder considerando seriamente alguns

“quase todas as formas de argumentação jurídica – igualmente quase todas as formas de argumentação prática geral – incluem enunciados empíricos.” Entre eles, há “enunciados sobre **ações, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes e futuros**. Estes enunciados podem corresponder de novo a diversas áreas da ciência, como **a Economia**, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Lingüística etc.” (ALEXY, p.228) [grifei]

⁴ HC 127483, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico, Dje-021, divulgado em 03-02-2016, publicado em 04-02-2016.

⁵ AZEVEDO, Guilherme, Acordos contra corrupção e cartel de construtoras da Lava Jato recuperam R\$ 11,5 bilhões. **UOL**, 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/06/acordos-contracorrupcao-e-cartel-de-construtoras-da-lava-jato-recuperam-r-9-bilhoes.htm>> Acesso em: 1 jun. 2017.

contributos de Direito e Economia que embasam o funcionamento desta técnica investigativa.

Na colaboração premiada podem ser divisados quatro desses contributos, desde antes dela se estabelecer, ou seja, em uma fase de tomada de decisão em prol de tentar se estabelecer uma negociação com os investigadores, passando pela negociação em si (fase “pré-contratual”), até o cumprimento do acordo com sua consequente potencialização das investigações.

Esses elementos são a ideia de maximização de interesses, a Teoria da escolha racional, a função econômica do contrato e a Teoria dos jogos. Serão desenvolvidas algumas considerações sobre cada um deles para que haja alguma pré-compreensão necessária a interpretação e aplicação eficazes da colaboração premiada a partir da Lei n.12.850/13.

2. MAXIMIZAÇÃO DE INTERESSES

A colaboração premiada é, antes de tudo, uma técnica investigativa.⁶ Os investigadores utilizam-na quando ela se mostra necessária para se obterem informações essenciais à persecução penal. Informações essas que não seriam alcançadas pelos métodos convencionais de investigação (situação de impasse investigativo).⁷ É fácil perceber o ganho a ser maximizado pelos investigadores: informações sensíveis para uma persecução penal eficaz.

Do outro lado, pode-se dizer que os potenciais colaboradores pretendem evitar uma sanção estatal que já estão antevendo. Buscam,

⁶ A própria Lei n.12.850/13 classifica-a, no art.3, como um “meio de obtenção de prova”. O STF, no acima mencionado (HC) 127483, ratificou esse entendimento.

⁷ “A importância da colaboração surge exatamente nas situações em que os órgãos de persecução penal não lograram obter suporte probatório suficiente para demonstrar a responsabilidade de investigado pelo cometimento dos fatos ilícitos, o que é muito comum quando se trata de criminalidade organizada, compartimentada na sua estruturação e na execução dos atos delituosos, ou então, nos casos em que os organizadores e financiadores do crime não têm nenhum contato com o objeto delitivo ou a execução do fato, o que é corrente nos delitos de tráfico de drogas ou de contrabando e descaminho, nos quais o transportador, conhecido popularmente como ‘mula’ é quem realiza os atos de execução.” (PEREIRA, p.208)

pelo menos, uma diminuição da intensidade da punição. Portanto, não é difícil conceber que só abririam mão do exercício do seu direito ao silêncio e passariam a empreender uma contraconduta (atividade de colaboração) se, com isso, estivessem esperando uma redução de impacto na sua liberdade e até no seu patrimônio, âmbitos em que as sanções penais têm efeito.

Não se nega que os potenciais colaboradores levam em conta os reveses acarretáveis por uma virada brusca no modo de vida (abandono da atividade delitiva para empreender a contraconduta) e pela “profunda antipatia” que será gerada entre os que antes eram seus cúmplices em atividade criminosa. Não obstante, em se decidindo pela colaboração, só resta concluir que o indivíduo, por meio de uma avaliação de “custo-benefício”, optou por maximizar sua liberdade e/ou seu patrimônio, conforme lhe franqueará uma efetiva contraconduta. Por exemplo, reduzir tempo de prisão, o modo de cumprimento (regimes) ou diminuir os valores de multas impostas.

Dessa forma, é possível compreender os prêmios da colaboração como incentivos à contraconduta do investigado, independentemente da valoração emocional ou moral que ele venha a ter sobre a atividade criminosa investigada. Em outras palavras, se se pode descobrir os fins que um potencial colaborador almejaria maximizar, pode-se pretender induzir e estimular sua contraconduta por meio da estipulação dos ganhos, sem se interferir na sua subjetividade, isto é, sem que seja pressuposto um arrependimento íntimo ou “substantivo” (algo que seria de questionável comprovabilidade).⁸

Por fim, em sendo possível delimitar, em cada caso concreto, os fins a serem maximizados por cada “polo” da negociação subjacente ao funcionamento da colaboração premiada, e tendo-se os limites

⁸ “A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas, sim, o reflexo de um objetivo político-criminal; desse modo não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas a uma racionalidade relativa ao propósito. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos apurados, e não a que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais, motivo pelo qual o termo mais apropriado para designá-lo seria “incentivo.” (PEREIRA, p.32)

(restrições) das condutas a serem empreendidas para tanto dados pela Lei 1n.2.850/13, poder-se-ia perguntar qual versão da Teoria da escolha racional seria melhor empregada para explicar e até avaliar a conduta de um agente racional que buscasse maximizar seus fins na arena da colaboração premiada.

3. TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Uma negociação só se estabelece porque as partes querem maximizar o conteúdo de algum interesse. Para tanto, cada parte efetuará escolhas racionais. Aí fica ressaltada a importância de uma Teoria da escolha racional, tanto pelo seu potencial explicativo como também por eventual caráter preditivo, ou seja, o potencial de permitir que se infira antecipada e corretamente como um agente racional se conduziria em determinada situação.

É fundamental ficar claro que não existe uma única versão da Teoria da escolha racional. Chegou-se mesmo a ser aventado que cada autor que utilizasse tal locução daria forma a sua própria concepção.⁹ Para se afastar de uma tal indefinibilidade, Korobkin e Ulen oferecem a seguinte explicação:

The different conceptions of rational choice theory can be understood as points along a continuum of how specific and precise the predictions of the theory are. On the left side of the spectrum are “thin” conceptions of rational choice theory – that is, conceptions in which the theory is relatively undemanding and in which it is relatively easy for the behavior of actors to be consistent with the theory. On the right side of the spectrum are “thick” conceptions of the theory – that is, conceptions with more robust behavioral predictions that are more easily falsifiable by empirical evidence.¹⁰

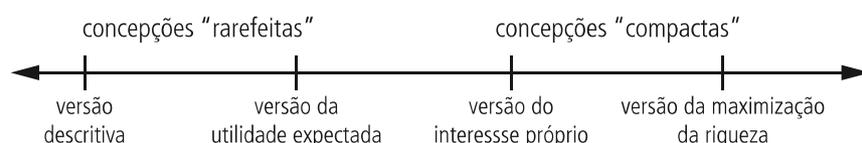
Essa exposição foi representada em um simples gráfico, cujas partes escritas traduziu-se conforme aparece na figura 1¹¹:

⁹ KOROBKIN; ULEN, p.1060.

¹⁰ KOROBKIN; ULEN, p.1060-1.

¹¹ A figura original encontra-se em: KOROBKIN; ULEN, p.1061.

FIGURA 1
Espectro da Teoria da escolha racional



A versão descritiva¹² simplesmente afirma que indivíduos racionais conduzem-se de forma a alcançar suas finalidades. Nada tem a dizer sobre quais meios seriam usados nem mesmo sobre quais seriam as finalidades. É uma concepção tão rarefeita que chega a ser infalsável. Afinal, segundo ela, os meios e fins da possível conduta de um indivíduo só seriam conhecíveis após o indivíduo observado ter escolhido-os. Portanto, é uma concepção sem potencial preditivo.

A versão da utilidade expectada (esperada) também nada tem a dizer sobre quais seriam os fins de um agente racional. Porém, uma vez que este os determine, essa versão pretende conseguir apontar quais os meios que um agente racional adotaria para alcançá-los. A ideia central dessa concepção é que

decision makers conduct an explicit or implicit cost-benefit analysis of competing options and select the optimal method of achieving their goals (that is, the method that maximizes expected benefits and minimizes expected costs, or maximizes net expected benefits), subject to external constraints¹³.

Assim, em se sabendo o que um agente racional pretende maximizar, a versão da utilidade expectada pode prever quais meios seriam eleitos pelo agente (como ele se conduziria).

A versão do interesse próprio¹⁴, além de ter potencial preditivo sobre os meios a serem escolhidos pelo agente racional, pretende também conseguir determinar algo quanto aos fins: o objetivo do indivíduo seria sempre a satisfação de seu interesse próprio. No entanto, uma vez que pode ser do meu interesse próprio satisfazer o interesse

¹² KOROBKIN; ULEN, p.1061-2.

¹³ KOROBKIN; ULEN, p.1063.

¹⁴ KOROBKIN; ULEN, p.1064-6.

de outrem ou mesmo conduzir-me de modo a não violar a esfera de interesses alheia (mesmo que isso acarrete alguma perda à minha), se não for empregada uma ideia sobre “interesse próprio” quase plenamente despida de empatia, essa locução nada mais seria do que um conceito indeterminado (a receber um significado em cada caso concreto). Dessa forma, a concepção da Teoria da escolha racional equiparar-se-ia à versão da utilidade expectada. Ou seja, sem potencial preditivo quanto aos fins.

A versão da maximização da riqueza¹⁵, a mais “compacta” das concepções, baseia-se na ideia de que o agente racional sempre objetivará maximizar seus ganhos financeiros. É uma versão de amplo uso para predizer o comportamento de sociedades empresariais. É fácil lembrar que humanos, por outro lado, têm muitos outros interesses, que podem até competir com o financeiro.

No âmbito da colaboração premiada, podem-se visualizar vários motivos para um indivíduo querer colaborar com a Justiça: redução de impacto no patrimônio, na liberdade ou mesmo (não se fazem necessários mas pode haver) um arrependimento íntimo – o chamado arrependimento substantivo – ou uma vontade de reparar sua imagem perante a família ou amigos. Em sendo cada humano um universo, não há como predeterminar esses motivos. Portanto, as duas versões “compactas” da Teoria da escolha racional seriam estreitas demais para se aplicarem aqui.

Não obstante, pode-se afirmar que, para decidir-se pela colaboração em vez do enfrentamento de uma investigação e do processo judicial usuais, o indivíduo perfectibilizará análises de riscos e de custo-benefício. E, uma vez iniciada uma negociação, suas finalidades (o que pretende maximizar) serão expostas na confecção do acordo. Conhecidos (*a posteriori*, portanto) os objetivos, pode-se então racionalmente avaliar e especular sobre os meios. Dessa forma, a versão da utilidade expectada (esperada) encaixa-se perfeitamente na tarefa de compreender a conduta do potencial colaborador e também a do já em atividade.

¹⁵ KOROBKIN; ULEN, p.1066.

4. VINCULAÇÃO À COOPERAÇÃO: O CONTRATO

Do ponto de vista econômico, contratos são instrumentos para se obter segurança ao se efetuarem transações em um ambiente que envolve promessas, ou seja, num ambiente de riscos (de que promessas venham a ser descumpridas).¹⁶ Isso é importantíssimo porque muitas transações não se dão imediatamente (como a permuta de um pacote de erva-mate por dez reais, por exemplo), e podem mesmo ambas as partes se obrigarem a prestações que se protraem no tempo (exemplo: compra e venda de uma esperada colheita de erva-mate a ser paga só na época da poda).

Por meio do contrato, o tempo da formação das obrigações pode distanciar-se bastante do tempo de suas execuções, sem que a confiança quanto ao adimplemento fique abalada. Não houvesse a tutela dessa confiança – algo que é ensejado pela formação do contrato –, muitas negociações nem sequer aconteceriam, pois os riscos seriam impeditivos.¹⁷ Além disso, contratos são também fulcrais para implementar transações que dependem de um evento futuro (que seja independente da vontade das partes), já que transações que possam parecer muito vantajosas para ambas as partes *ex ante* podem vir a não mais sê-lo *ex post*.¹⁸

Por fim, o contrato também é útil quando se lida com negociações em que há informações “ocultas” para alguma parte, pois, por meio dele, pode-se obter essas informações ampliando-se garantias para a parte que eventualmente venha a ser prejudicada pela omissão alheia em revelar (*disclose*). Assim, contratos funcionam também como mecanismos reveladores de informação¹⁹.

Podem-se resumir, até aqui, as vantagens aportadas às negociações pelo contrato da seguinte forma: ele consubstancia uma garantia contra o risco de um contratante atuar de forma a obter alguma vantagem sobre a outra parte violando o que foi combinado. Se tal ocorrer,

¹⁶ COOTER; ULEN, p.283.

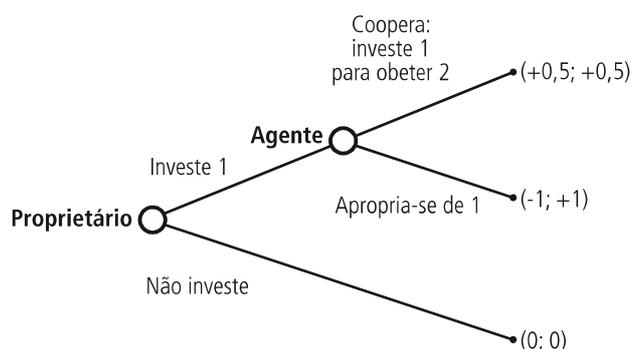
¹⁷ COOTER; ULEN, p.285.

¹⁸ “Economic efficiency usually requires enforcing a promise if the promisor and promisee both wanted enforceability when it was made.” COOTER; ULEN, p.283.

¹⁹ COOTER; ULEN, p.360-1.

brande-se o contrato, e o Estado intervém na relação para retificá-la. Aproveitar-se-á um exemplo simples dado por Cooter e Ulen para demonstrar como o mecanismo funciona. Eles chamam-no de *agency game*, que aqui será referido por “esquema da negociação”.

FIGURA 2
Esquema da negociação sem contrato



Na figura 2²⁰, há uma situação hipotética na qual não há a garantia de um contrato²¹, e alguém tem uma quantidade de dinheiro que pode ficar inerte ou ser investida em uma agência financeira para render. Se o proprietário decidir não investir, ele e o agente financeiro nada ganharão. Se investir, o agente poderá cooperar cumprindo o combinado, do que resultará o crescimento da quantia de 1 para 2. O acréscimo de 1 será dividido entre o proprietário e o agente, resultando em 0,5 a mais para cada um em face das posições iniciais.²² Porém, o agente também poderá simplesmente não cumprir com sua parte do acordo e se apropriar da quantia depositada. Dessa forma, ele lucrará mais: 1 em vez de 0,5. Mas o proprietário perderá tudo, arcando com prejuízo de -1.

²⁰ A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.284.

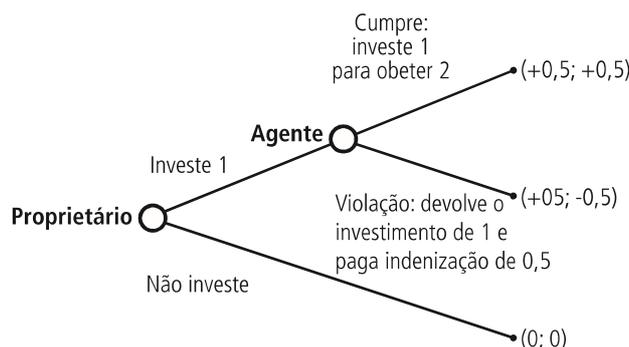
²¹ “The barrier to an enforceable contract might be unprovable behavior, costly litigation, or bad judges.” COOTER; ULEN, p.284.

²² Essa é uma solução *win-win* (“ganha-ganha”). Para se obter essa solução cooperativa, **vantajosa para ambas as partes**, é necessário um *binding commitment* (“compromisso vinculativo”), como logo adiante se explicitará.

Vejam agora, na figura 3²³, como funciona uma negociação amparada por um contrato e seus efeitos ressarcitivo e punitivo.

FIGURA 3

Esquema da negociação com contrato



Se o proprietário investir, e o agente cumprir o que foi combinado, cada um terá um lucro de 0,5, da mesma forma que na figura anterior. Porém, dessa vez, a escolha de conduta por parte do agente será influenciada pela presença do contrato, que tornará a cooperação mais vantajosa para ele. Afinal, por previsão contratual, se violar o que foi combinado, terá de ressarcir a quantia investida pelo proprietário e ainda indenizá-lo em 0,5. Disso restará que o proprietário assegurará seu ganho de 0,5, e o agente que não cumprir sua promessa terá prejuízo de -0,5.

Não é difícil “intuir” que, sendo o proprietário um indivíduo minimamente racional, ele não arriscará sua posição inicial, ou seja, não fará o negócio se não estiver seguro de que não há risco de prejuízo advindo do descumprimento daquilo que combinar com o agente.²⁴

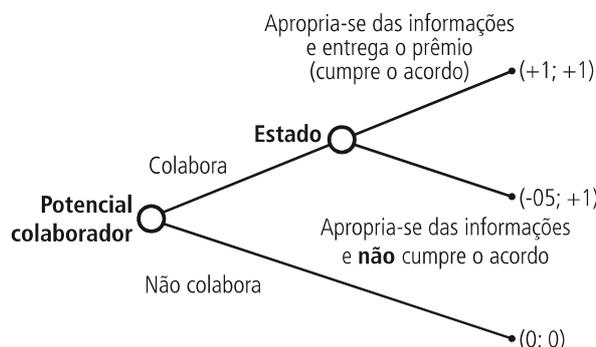
Pois bem, com base no exemplo dado, esboçar-se-á o mecanismo negocial presente na colaboração premiada, destacando-se as

²³ A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.285.

²⁴ “Figure 8.1 [figura 1] shows that the first player does not invest when promises are unenforceable. Figure 8.2 [figura 2] shows that the first player invests and the second player cooperates when promises are enforceable. Thus, **an enforceable contract converts a game with a non-cooperative solution into a game with a cooperative solution. The first purpose of contract law is to enable people to cooperate by converting games with non-cooperative solutions into games with cooperative solutions.**” (COOTER; ULEN, p.285) [grifei]

adaptações devidas. Afinal, os ganhos e perdas envolvidos não se resumem a pecúnia, mas envolvem informações essenciais para uma persecução penal eficaz (a serem maximizadas pelos investigadores) e abatimento de punições (a ser maximizado pelo colaborador).

FIGURA 4
Mecanismo negocial da colaboração premiada



Na figura 4, considera-se neutra a situação do potencial colaborador que decide não colaborar. Ele nada perderá, pois poderá manter o silêncio e enfrentará o processo judicial com todas as demais garantias jurídicas. Nesse caso, a posição dos investigadores também resta qualificada como neutra, pois ela não retrogradará quanto ao material probatório já colhido, mas também não terão eles acesso a informações “privilegiadas”, o que possivelmente acarretará menor impacto (ou mesmo uma estagnação) na atividade criminosa sob investigação.

Se houver efetiva colaboração, os investigadores (Estado) terão acesso a material probatório de alta relevância, possibilitando a ampliação da intensidade da resposta estatal em face da atividade criminosa. Essa situação é representada por +1. Já o colaborador, após perfectibilizar a devida contraconduta, estará satisfeito com o prêmio acordado, situação também representada por +1. É uma solução cooperativa, com resultado *win-win* (“ganha-ganha”).

No caso da contraconduta ser efetivada conforme o acordo previa, e o Estado não honrar com sua contraprestação, restará o ganho para a atividade investigativa representado por +1, mas ao colaborador só sobrar a frustração da expectativa criada e os eventuais problemas com os participantes da atividade criminosa que auxiliou a desbaratar. Só

não se representará tal situação com -1 porque ao colaborador frustrado ainda restaria o processo judicial com suas garantias (se essas também não fossem indevidamente desconsideradas). Ainda, a posição final do colaborador frustrado poderia variar, digamos de -0,5 a -0,1, conforme o tamanho do espólio sobre seus prêmios.

É muito importante ressaltar que essa representação tem a finalidade de evidenciar o mecanismo negocial da colaboração premiada, não a de criar uma escala empírica para mensurar prêmios e frustrações do colaborador. Além disso, é fundamental lembrar aqui que quando se escreve que o Estado não cumpriu com sua parte do acordo, supõe-se uma situação em que o colaborador efetuou tudo aquilo com que se comprometeu (efetividade e eficácia da colaboração²⁵), não uma situação em que o prêmio foi reduzido ou mesmo zerado em face da pouca ou nenhuma utilidade da contraconduta.

De qualquer modo, fica evidente que, em ocorrendo tal resultado (“inadimplemento estatal”) em um acordo de colaboração premiada, os agentes racionais interessados, potenciais colaboradores, posicionar-se-ão da forma que lhes for mais proveitosa: escolherão enfrentar normalmente o processo judicial em vez de arriscar uma colaboração. Afinal, é muito melhor arriscar-se a ser condenado por meio de um processo usual do que desempenhar o encargo da atividade colaborativa, antipatizar-se com os antigos cúmplices e ainda... ter de arriscar-se a ser condenado por meio de um processo usual. Ou, então, ainda ter de arcar com uma sanção maior do que aquela justificadamente esperada (caso de entrega de um prêmio menor do que aquele acordado).²⁶

Salienta-se ainda que, no exemplo do esquema da negociação amparada por contrato (figura 3), em havendo descumprimento da promessa por parte de um dos negociantes, é o Poder Judiciário quem é

²⁵ Esses critérios aparecem na própria Lei n.12.850/13, art. 4, cabeça, e §§ 1 e 11, como condicionantes dos prêmios.

²⁶ No mencionado (HC) 127483, o STF acertadamente decidiu que “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.” (p.63 do inteiro teor do acórdão) Tal conclusão ampara-se em argumentos normativos de segurança jurídica, proteção da confiança e moralidade. Este artigo explicita como argumentos empíricos, ressaltados pela análise econômica do Direito, também fundamentam essa decisão.

chamado para retificar a situação e entregar ao negociador frustrado o que ele fundamentadamente expectava.²⁷ Já no caso de não entrega dos prêmios ao colaborador que efetivamente cumpriu com sua parte, seria o próprio Poder Judiciário que lhe negaria exatamente aquilo que motivou-o a colaborar.²⁸ A que outro poder poderia então recorrer esse colaborador indevidamente frustrado?

Essa interferência, alheia ao que pactuado, nos resultados esperados por uma das partes consubstancia-se em inafastável desincentivo à parte afetada. O risco dessa interferência também enforma a decisão de qualquer outro agente racional que vier a ocupar posição semelhante à de quem foi afetado. Afinal, “*a rational person will not voluntarily trade at a loss. So, private exchange will not occur among rational people when the net benefit is negative.*” (COOTER; ULEN, p.92)

Isso acarretaria retração da chance de futuras negociações de colaboração, pois um tal risco sempre será levado em conta antes de tudo por qualquer potencial colaborador. Será o próprio Estado, nomeadamente os juízes, por meio de cada uma de suas decisões pertinentes ao mérito de uma colaboração, que tornará esse risco desconsiderável ou suficiente para se consubstanciar um impeditivo terminal à colaboração premiada.

²⁷ Fernando Araújo ressalta a importância do contrato (e sua executoriedade por via judicial) em exatamente desestimular uma estratégia que vise ganhar por meio de “captura oportunista”. A captura resulta em benefícios a uma parte e, concomitantemente, prejuízos a outra. Ainda, o autor afirma que, “na ausência de informação, de incentivos à reciprocidade ou de tutela normativa os contratos tendem a não nascer” (ARAÚJO, p.50). Considerar isso é fulcral para a manutenção da funcionalidade da colaboração premiada.

²⁸ “The court’s decision simultaneously accomplishes two things. First, it resolves the dispute between the litigants – “dispute resolution.” Second, **it guides future parties who are in similar circumstances about how courts might resolve their dispute** – “rule creation.” Law and economics is helpful in resolving disputes, but it particularly shines in creating rules. Indeed, a central question in this book [*que trata sobre direito e economia, claro*] is, “**How will the rule articulated by the lawmaker to resolve a particular dispute affect the behavior of similarly situated parties in the future?**” And, “**Is the predicted behavior desirable?**” (COOTER; ULEN, p.5-6) [grifei]

5. TEORIA DOS JOGOS E O DILEMA DO POTENCIAL COLABORADOR

Talvez o exemplo mais famoso utilizado na explicação da Teoria dos jogos seja o “dilema do prisioneiro”, que envolve o mecanismo da barganha penal do *common law*. Primeiramente, ressalte-se que o *plea bargaining*, se bem analisado, mais difere-se do que se assemelha à colaboração premiada.²⁹ Tentar desqualificar essa técnica de investigação manejando, sem mais, as críticas cabíveis ao *plea bargaining*, pressupõe desconhecimento sobre os assuntos ou vontade de iludir. Não obstante, com fins explicativos, proceder-se-á à exposição do mecanismo de escolha estratégica envolvido no mencionado dilema (o mecanismo estratégico subjacente, esse sim, pode ser o mesmo).

Imagine-se a seguinte situação³⁰. Dois suspeitos, presos preventivamente, têm contra cada um certas evidências de que cometeram um grave crime em coautoria. São evidências insuficientes para resultar em uma devida condenação de 7 anos de cadeia para cada, mas suficientes para o órgão de acusação imputar a cada um crime menos grave e obter uma condenação mais leve, de 1 ano para cada condenado. Ambos os suspeitos podem melhorar sua situação cooperando com a Justiça.

Se só o Suspeito 1 confessar, isto é, admitir sua responsabilidade quanto ao crime mais grave e delatar seu comparsa (que decidiria manter silêncio), estará colaborando com a Justiça e, como recompensa, será sancionado com apenas 6 meses de cadeia. O Suspeito 2, delatado e não colaborador, receberia sem desconto a maior pena, de 7 anos.

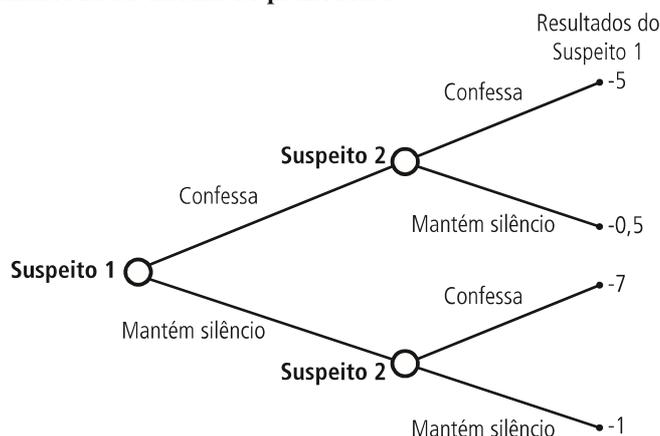
²⁹ A principal distinção talvez seja que, enquanto na *plea bargaining* a confissão do investigado é um fim em si, na colaboração processual ela é só um pressuposto para que se inicie a atividade colaborativa. Adiante restará evidenciada tal diferença. Ainda, tomando por fulcro *somente* a modalidade de colaboração consubstanciada em prestar informações sobre outros agentes criminosos (delação), também se poderia afirmar que “sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros”. (VASCONCELLOS, p.117)

³⁰ Reproduzida a partir de COOTER;ULEN, p.34-5.

Se o Suspeito 1 decidir manter silêncio, e o Suspeito 2 decidir colaborar (implica, confessar e delatar), será o Suspeito 1 quem cumprirá 7 anos de prisão, e será o Suspeito 2 quem cumprirá apenas 6 meses.

Se ambos colaborarem, terão os dois abatimentos na maior das penas, e cada um cumprirá 5 anos de prisão. Por fim, se ambos mantiverem silêncio, cada um passará 1 ano na cadeia. Cooter e Ulen oferecem o seguinte esquema no formato “árvore de decisão” (ou na forma ramificada) para esclarecer a explicação.³¹

FIGURA 5
Forma ramificada do dilema do prisioneiro



O raciocínio empreendido pelo Suspeito 1 para decidir o que é melhor fazer, é o mesmo empreendido pelo Suspeito 2. Suas posições são intercambiáveis. E cada um deles está em sua cela, sem contato com o outro, pensando em como agir. Se pudessem se comunicar e continuar a planejar juntos suas atividades, talvez combinassem manter silêncio, e cada um seria condenado a 1 ano de prisão. Porém, nenhum contrato impediria que, na hora do interrogatório, um deles preferisse diminuir pela metade esse tempo (de 1 ano para 6 meses) e colaborasse. Isso renderia 7 anos de prisão para o outro.

Tendo de decidir sozinho, cada suspeito concluirá que, (1) se o outro confessar e ele mantiver silêncio, arcará com 7 anos preso; (2)

³¹ A figura original encontra-se em: COOTER; ULEN, p.35.

se o outro confessar e ele também, arcará com 5 anos preso; (3) se o outro mantiver silêncio e ele também, cumprirá 1 ano de prisão; (4) se o outro mantiver silêncio e ele confessar, cumprirá só 6 meses.

Assim, cada suspeito percebe que ambos os possíveis resultados da escolha “confessar” são mais favoráveis do que os possíveis resultados da escolha “manter silêncio”. Optar pela conduta que, independentemente da opção alheia, lhe retorna resultados mais favoráveis é adotar a chamada “estratégia dominante”. Logo, nessa situação, confessar é a estratégia dominante. Esse é um dos mecanismos que torna a possibilidade de colaborar com a Justiça mediante incentivos (redução da punição) funcional.

Porém, conforme adiantou-se acima, a “barganha” (*plea bargaining*) não se confunde com a colaboração premiada. No dilema do prisioneiro, o prêmio é dado em troca do ensejo de haver cumprimento de pena dispensando-se atividades probatórias ulteriores. A palavra do confesso basta para condená-lo à pena reduzida. A situação do emprego da colaboração premiada é bem outra. Nela, não se objetiva substituir a atividade probatória; pelo contrário: objetiva-se potencializá-la.

Conforme a própria disciplina da Lei 12.850/13, em seu art.4, § 16, “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, nem mesmo uma sentença condenatória contra ele mesmo (a colaboração não visa a mera confissão). Portanto, ele tem de colaborar efetivamente, de modo a fornecer informações que lastreiam concretamente o conteúdo do seu depoimento.³²

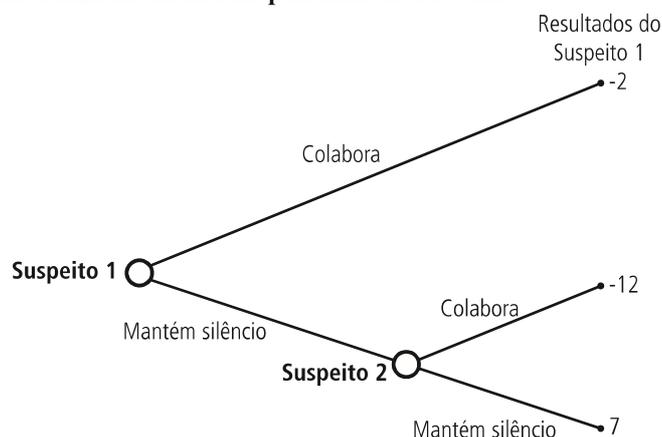
³² “Não se pode admitir que o agente simplesmente forneça à autoridade policial informações sobre a consumação de delitos ou a existência de organização criminosa que não tenha nenhuma relação com os fatos pelos quais ele está sendo investigado ou acusado, pois aí, sim, haveria mera delação premiada compreendida pelo significado negativo do termo, no sentido de um veículo de vingança e entrega de diferentes, e por vezes concorrentes, grupos e agentes criminais.” (PEREIRA, p.44-5) Disso fica evidente que nem só a confissão em si nem uma delação desvinculada dela servem como prova no manejo da colaboração premiada. A confissão, tornada necessária, robustece a credibilidade das outras informações prestadas pelo colaborador. É uma dinâmica bem diferente da que ocorre na barganha do *common law*.

Ainda, o órgão da acusação, no Brasil, não tem tal liberdade ampla de atuação para denunciar um suspeito por crime menos grave do que o cometido apenas porque o material probatório é fraco. Em não havendo provas suficientes e sendo ofertada a denúncia, os resultados podem ser o não recebimento dela, uma absolvição sumária ou uma absolvição pós término de toda a instrução. Portanto, para que um investigado colabore, é de se pressupor que ele (1) possa lastrear probatoriamente o conteúdo do próprio depoimento e (2) anteveja benefícios em fazê-lo. Benefícios, claro, que não seriam obteníveis com o decurso de um processo usual. Caso contrário, ele escolheria esse processo, com todas as suas garantias e alta probabilidade de absolvição. Assim, na aplicação da colaboração premiada, nenhuma atividade probatória é cambiável por acordos. Pelo contrário: eles propiciam-na.

A partir disso, e não se afastando muito da situação analisada acima, imagine-se o seguinte quadro. Dois investigados, no Brasil, cometeram crimes que podem resultar para cada um uma condenação de até 7 anos de prisão. Com sua atuação, prestavam serviço a uma organização criminosa cujas atividades são muito mais vultosas do que as suas tomadas isoladamente, mas nada se conseguiu provar sobre a organização.

Cada um dos investigados sabe sobre as atividades desempenhadas pelo outro e também tem conhecimento sobre as atividades da organização criminosa. Cada um deles, colaborando com a Justiça, pode melhorar sua situação – o risco de 7 anos de prisão –, reduzindo a pena para 2 anos. O investigado que se tornar colaborador (Suspeito 1), para receber os prêmios, terá de efetivamente prestar informações sobre o outro investigado e sobre o resto da atividade criminosa. Uma vez que faça isso, o outro investigado (Suspeito 2) teria dificuldades em se beneficiar fazendo o mesmo, pois as informações que prestaria já seriam de conhecimento dos investigadores. Além disso, sua condenação poderia chegar a 12 anos, devido às provas ulteriores, oriundas da colaboração do Suspeito 1.

FIGURA 6
Forma ramificada do dilema do potencial colaborador



Esboça-se abaixo, em forma ramificada, essa problemática, que aqui se denomina “dilema do potencial colaborar”.

Fica evidente que, em se tratando de investigados de um mesmo “nível hierárquico” ou mesma função na atividade criminosa, aquele que colaborar antes colocar-se-á em posição vantajosa em face dos demais. Portanto, a tempestividade pesa na tomada de decisão de um potencial colaborador.³³

Ainda, diferentemente do que ocorre no tradicional “dilema do prisioneiro”, o potencial colaborador, dependendo de como decidir agir, pode mesmo neutralizar um possível movimento do outro agente racional. É o caso, acima esboçado, de quando ele colabora exaurindo as informações a serem prestadas. Isso deixa muito evidente qual é a estratégia dominante para um potencial colaborador.

Deve-se lembrar que tal configuração só é possível porque, diferentemente do funcionamento da barganha do *common law*, a co-operação da colaboração premiada **não** se estabelece para substituir um julgamento com poucas provas jungido ao risco de altas penas

³³ A isso ainda se agregam as vantagens de origem normativa para quem se apres-
sar em colaborar: a Lei 12.850/13 apresenta pelo menos três amplas graduações
de prêmios, em ordem decrescente, conforme a colaboração ocorra antes do
oferecimento da denúncia (art. 4, § 4), antes da sentença (art. 4, cabeça) ou após
ela (art. 4, § 5).

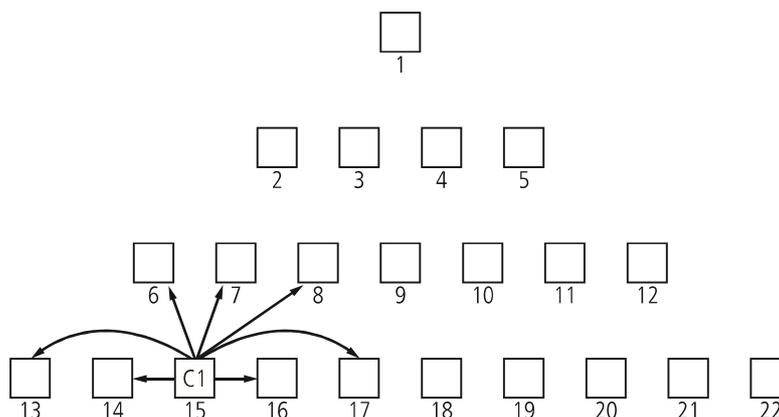
por uma confissão atrelada a uma pena menor.³⁴ Para corolário (já mencionado acima): a colaboração premiada visa possibilitar investigações ulteriores, não substituí-las.

Uma consequência do uso da colaboração para se alcançar provas novas (caso brasileiro) é o seu potencial de penetração na antes invisível estrutura da organização criminosa. Afinal, se o colaborador fosse premiado meramente por se admitir responsável (confissão), a investigação correria o risco de se estancar aí. Diferentemente disso, no Brasil (como já se explicitou acima) não há colaboração com base apenas na palavra do pretense colaborador: ele terá de agir de modo que confira efetividade à investigação, ou seja, prestar informações lastreadas, que levem a elementos probatórios concretos. Dessa forma, outros participantes da atividade criminosa poderão ser implicados.

Além disso, a cada vez que uma colaboração se perfectibilizar, eventual novo colaborador terá de trazer informações novas para obter os mesmos (ou maiores) benefícios, pois os investigadores não se contentarão apenas em “descobrir” o que já sabem. Isso acarreta grande potencial de alastrar a investigação para dentro da estrutura criminosa. Veja-se uma representação disso a seguir, composta pelas figuras 7, 8 e 9.

³⁴ Uma análise bem fundamentada da avaliação de riscos, custos e benefícios considerados pelos investigados, defensores e órgãos acusatórios ao optarem ou não pelo *plea bargaining*, encontra-se em GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**. In: GAROUPA, Nuno (organizador). *Criminal law and economics*. Northampton/MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009. Destaca-se, por interessante, que os autores concluem que, mesmo em face da possibilidade de inocentes virem a negociar uma confissão para evitar o risco de uma condenação via processo judicial (algo impossível no âmbito da colaboração premiada), o instituto de justiça negocial ainda assim é mais vantajoso para os investigados (tanto que optam amplamente por usá-lo) e que eventuais correções deveriam, em verdade, focar o processo de julgamento (altamente arriscado para o réu), não o *plea bargaining*. Dessa forma, se mesmo no *common law*, onde é utilizado o *plea bargaining*, emergem dúvidas quanto a uma suposta precarização da posição do investigado por meio desse instituto, imagine-se brandar essa crítica contra a colaboração premiada, que é algo bem distinto do *plea bargaining*. Pareceria tratar-se de desconhecimento ou de desonestidade intelectual.

FIGURA 7
Resultado da primeira rodada de colaboração



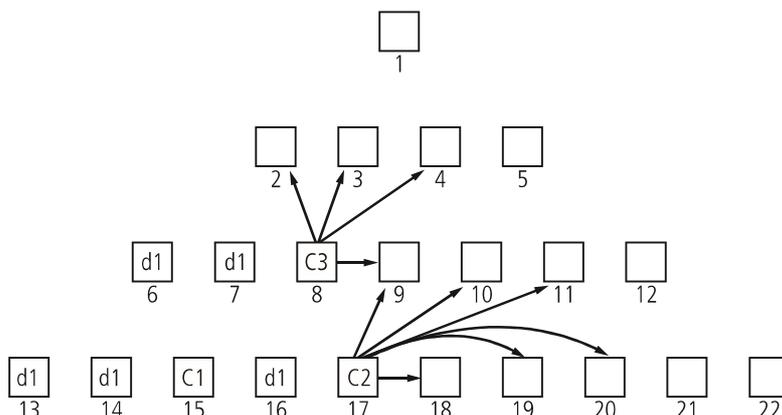
Na figura 7, estão representados os 22 agentes de uma organização criminosa posicionados conforme a hierarquia e a proximidade entre uns e outros durante o desempenho das atividades. Ressalta-se que nenhum investigador teria de pronto noção sobre o tamanho e a estrutura da organização. Representa-se assim, de forma já completa e esquematizada, por fins explicativos.

Em se tratando de criminalidade organizada³⁵, há voluntariamente certa compartimentação de informações, de modo que os agentes da linha de base (13 a 22) desconhecem qualquer agente da segunda ou primeira linha (1 a 5) e também não têm contato com mais do que, digamos, quatro indivíduos do mesmo nível hierárquico.

Por meio dos métodos convencionais de investigação, o Estado obtém provas suficientes para condenar o agente 15 por vários crimes. Em havendo a opção de colaborador com a Justiça, o agente 15 (agora representado por C1 – colaborador 1) o faz efetivamente, do que resultam provas suficientes para condenar três agentes de quem o 15 recebia tarefas a cumprir e quatro agentes que desempenhavam funções semelhantes às do 15.

³⁵ Além da organização, a criminalidade moderna caracteriza-se pela estabilidade, presença de muitos agentes, atividades planejadas e voltadas ao lucro; e não se consegue mais resumi-la à clássica ideia oitocentista de crime com dois sujeitos, ativo e passivo, individuais. Conferir: BALTAZAR JÚNIOR, p.123.

FIGURA 8
Resultado da segunda rodada de colaboração



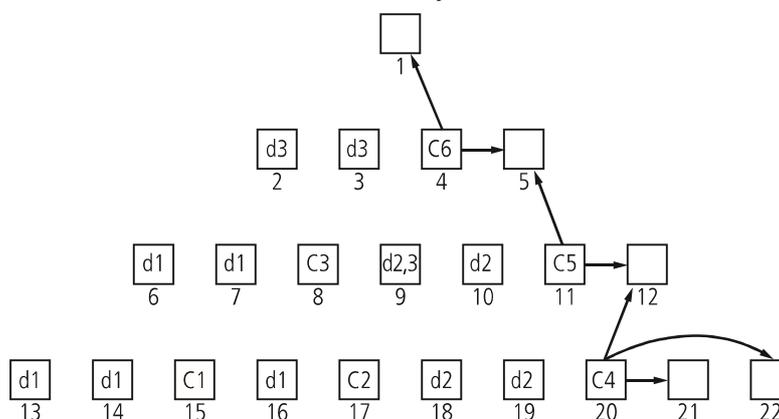
Conforme esboçado na figura 8, objetivando melhorar sua situação, os agentes 8 e 17 adiantam-se e colaboram com a Justiça. Os investigadores, compreensivelmente, não terão interesse em negociar prêmios por informações sobre os agentes cujas responsabilidades já foram suficientemente esclarecidas (todos os “d1” – delatados por C1)³⁶, então resta ao 8 e ao 17 informarem sobre outros envolvidos. O agente 17 (agora C2 – colaborador 2) delata os restantes do mesmo nível hierárquico sobre quem tinha conhecimento e ainda não estavam envolvidos na investigação, e delata também os dois agentes de nível hierárquico superior que conhecia e sobre os quais ainda não havia provas. O agente 8 (C3 – colaborador 3), da mesma forma, delata um comparsa de mesmo nível e três de nível superior ao dele. Duas colaborações simultâneas implicam o agente 9, o que é usual e até robustece o material probatório.

Restam poucos agentes para que todos os indivíduos da organização criminosa sejam responsabilizados, o que sempre causa um natural “empuxo” para que agentes de nível hierárquico cada vez mais alto sejam implicados em eventuais novas colaborações.

³⁶ Entretanto, nada obsta que também venham a ser aproveitadas informações sobre agentes cujas atividades já sejam conhecidas pelos investigadores, com intuito de reforço do conteúdo probatório.

Imagine-se então que os agentes 4, 11 e 20 colaborem com a Justiça. Da contraconduta deles, restam delatados os únicos sobre os quais ainda não havia provas suficientes. Nessa terceira rodada de negociação, o chefe da organização é responsabilizado. Veja-se a figura 9.

FIGURA 9
Resultado da terceira rodada de colaboração



Nesse exemplo propositalmente genérico e abstrato (fins didáticos), por meio de 6 acordos de colaboração premiada, restaram 22 pessoas responsabilizadas criminalmente e toda uma organização criminoso exposta e neutralizada. Se os investigadores não dispusessem da técnica da colaboração, a investigação poderia não ter avançado além da responsabilização do agente 15.

6. CONCLUSÃO

As decisões dos juízes atribuem significado aos textos normativos. Ao preencherem essa “moldura”, muitas vezes, eles utilizam o cânone da finalidade da norma. Se assim o fizerem quando julgarem o mérito das colaborações premiadas (a extensão do prêmio), tanto uma finalidade legal – a possibilitação da persecução penal em situações de prova difícil – como uma finalidade constitucional – suficiente tutela de todos os bens jurídicos que uma persecução penal eficaz promove – requerem o pleno funcionamento dessa técnica investigativa.

A análise econômica do direito revela que isso depende de (1) um julgamento de mérito fulcrado na efetividade da contraconduta e da (2) inoportunidade de intervenção judicial indevida na extensão do prêmio pactuado entre investigadores e colaborador, uma vez que esse tenha efetivamente cumprido o que prometeu.

Esclarecidos os mecanismos negociais e estratégicos da técnica da colaboração premiada, pode-se entender como eles fizeram da acima mencionada “Lava Jato”, a primeira grandiosa operação anticorrupção amplamente eficiente da história do Brasil. E também compreende-se como a desconsideração judicial do que foi acordado entre investigadores e colaboradores poderia torná-la a última.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a Teoria do discurso racional como Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2007.

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

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. **Law and behavioral science**: removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, v. 88, p.1051-1144, 2000.

GAZAL-AYAL, Oren; RIZA, Limor. **Plea-bargaining and prosecution**. In: GAROUPA, Nuno (organizador). *Criminal law and economics*. Northampton/MA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

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.