

No jogo da delação, prisão cautelar é trunfo fora do fair play



Terminamos a [coluna passada](#) com uma reflexão de Sandel e

que retomaremos na próxima semana: “Quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. O exemplo mais óbvio são os seres humanos.”<sup>[1]</sup> E a liberdade dos seres humanos pode? Onde chegaremos?

A lógica da compra e venda de informações se dá pelo mecanismo da negociação, analisando-se o custo-benefício da troca, ou seja, o delator possui informações de difícil acesso ao Estado pela via da investigação regular, enquanto o Estado pode (?) negociar o *quantum* da pena e seu regime de cumprimento, bem assim autorizar imunidades aos familiares e ao patrimônio. Logo, diante da análise das recompensas, coloca-se na mesa de negociação do processo penal o que antes tínhamos como indisponível: o objeto do processo penal.

As objeções morais (pessoais, de reputação, familiares etc.) entram no cálculo dos custos individuais (do delator) sem que se constituam barreira, *a priori*, para sua análise, justamente porque estamos no regime do mercado. Há uma nova lógica que permeia o gerenciamento e a busca de informações pela via da delação.

O prestígio aparente da prática joga com o imaginário da punição, na tragédia coletiva que vivenciamos, já que os custos da corrupção e da ostentação do espetáculo (Rubens Casara), em vez de ser arcada pelos delatores ou beneficiários, como se verifica pelos números da economia, atingirá a todos. Seria interessante, neste sentido, lembrar o que a Alemanha fez com Helmut Kohl, entendendo que o país é maior do que seus líderes, mas para tanto precisaríamos de gente que pensa que o Brasil é maior do que seus interesses pessoais.

Então, se a busca de informações precisa ser fomentada, na lógica do processo penal eficiente, não se trata de informação trivial ou já sabida, pois a “originalidade”, quer pela novidade, quer pela confirmação, é que promoverá o seu respectivo valor de troca. A informação precisa ser nova e relevante, daí seu valor no mercado da delação. Podemos chamar de um “*insider trading* das



organizações criminosas” que traz à público informação relevante, capaz de influenciar os desígnios das investigações e repercutir na responsabilização penal de terceiros.

Para obtenção vale o jogo do processo, via dilema do prisioneiro ([assista o vídeo](#)), com o uso da pressão da prisão preventiva ou temporária, bem assim o medo de ser o próximo. A questão passa na utilização de trunfos para estimular a delação. A prisão espetacular gera o incentivo para delatar, tanto do segregado, como dos ainda soltos, no rastilho de delações que se verifica. Mas se é um negócio e, como tal, precisa ser livre de coação, parece um tanto estranho que a liberdade fique vinculada à delação. Delatou pela manhã, solto pela tarde. A mensagem aos demais é: antecipe sua delação e não seja preso.

A prisão cautelar é completamente desvirtuada, para servir como instrumento de coação, qual seja: delate antes de ser preso e evite a prisão (e o espetáculo); ou, se já preso, delate logo para abreviar o sofrimento. Em última análise, o cerceamento da liberdade (ou risco real de) é uma poderosa moeda de troca a ser manipulada pelo acusador. O problema é que isso, além da completa deturpação do instituto da prisão cautelar e grave retrocesso democrático e civilizatório que representa, fulmina um dos pilares de legitimação de qualquer negociação: a liberdade para aceitar ou não a proposta e a necessidade de uma livre manifestação de vontade. É inegável que existe um constrangimento situacional que elimina uma das bases de qualquer ‘bargaining’.

A prisão passa a ser usada como instrumento para obter a confissão, num retrocesso a conhecida lógica inquisitória fundada no *Directorum Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich (1376). Prende-se primeiro para, através da tortura (se não física, inegavelmente psicológica), obter-se a confissão, que passa a ser a ‘rainha das provas’. A lógica é perfeita, tanto que se mantém hígida em pleno século XXI. Ainda que se argumente que a delação não é uma ‘prova plena’ e que precisa ser confirmada pelas demais provas, sabe-se que isso é uma fraude discursiva.

É elementar que a delação se basta (e pouco precisa para ser ‘confirmada’), encanta e seduz o julgador, sendo que o resto é mero retoque argumentativo para justificar uma decisão tomada desde outra base. É a mesma falácia diariamente vista na valoração probatória dos atos do inquérito policial, pois mesmo que o artigo 155 do CPP diga que a decisão não pode ser formada ‘exclusivamente’ com base nos elementos do inquérito, isso ocorre diariamente e com o aval de todos os tribunais.

Sempre que um juiz recorre aos conhecidos ‘cotejando’ ou ‘corrobora’, para explicar que está condenando com base na prova e/ou atos de investigação (do inquérito)[2], o que ele está dizendo (no discurso não revelado) é: estou condenado com base no inquérito policial porque não tenho, na fase processual e contraditória, elementos suficientes. Óbvio, porque se tivesse elementos judicializados, por que invocar os elementos da fase pré-processual? Porque não os tenho... Então preciso recorrer àquilo colhido na inquisição, sem contraditório ou defesa para dar conta do resultado previamente esperado e definido. No fundo, é uma condenação fundada no inquérito, mas com maquiagem refinada para burlar a regra do jogo. E isso, com o aval de ‘todos’. O mesmo raciocínio se aplica a valoração probatória da delação premiada.

No país onde não negamos a prática de corrupção, negociatas, jogos de interesses, opomos nosso óbice ao modo em que o processo penal foi rebaixado, embora com resultados festejados. A pergunta que os alunos nos fazem é: “mas não funciona, professor?” Sim. E a pergunta que poderia vir é: Mas é moralmente justificável? “Pouco importa, professor, já que são “bandidos”. A lógica do mercado, sem



---

barreiras éticas, em que os fins justificam os meios, seja em nome do que for, poderia, nesta toada, justificar a tortura. E o papel do Poder Judiciário sempre foi o de garantir os princípios que a civilização erigiu, dentre eles o da presunção de inocência, cujo conteúdo resta superado pela prisão para fomento do comportamento delatatório.

Joga-se ainda com a punição de VIPs como uma retribuição capaz de saciar a tristeza das pessoas que se sentem violentadas, na modalidade de equivalência e retaliação, bem assim que a certeza da cabeça dos condutores das investigações é maior do que a probabilidade de se cometer injustiças, tida como uma externalidade negativa, “razoável” em nome da “causa justa”.

Assim é que estamos para além de Maquiavel, em que os sujeitos conseguiram articular novas modalidades de intervenção, com resultados mais eficientes, à margem do que historicamente se construiu como Direitos Fundamentais do acusado. Inverteu-se a lógica do processo penal em nome do coletivo. Houve, portanto, um giro de sentido, na linha do pragmatismo. O poder do procedimento de delação tangencia, com sobras, a solução do problema (corrupção), mas garante o mecanismo de persuasão e entusiasmo a multidão, até o ponto em que se der conta de que os delatores, no fundo, não irão presos como os demais, aí sim, cheio de privilégios.

Mais uma vez, por fim, deixamos a pontuação de Sandel: “Costumamos associar o conceito de corrupção a lucros indébitos. Mas a corrupção não é apenas uma questão de suborno e pagamentos ilícitos. Corromper um bem ou uma prática social significa degradá-lo, atribuir-lhe uma valoração inferior à adequada.”<sup>[3]</sup> O futuro dirá.

<sup>[1]</sup> SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 15

<sup>[2]</sup> Sobre a fundamental distinção entre ‘atos de prova’ e ‘atos de investigação’, consulte-se as obras ‘Investigação Preliminar no Processo Penal’ e ‘Direito Processual Penal’, de Aury Lopes Jr, ambas publicadas pela editora Saraiva.

<sup>[3]</sup> SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 38.

### **Date Created**

07/08/2015