



Opinião: O método do discovery e a busca da paridade negocial

Constante do Direito Penal brasileiro há vários anos, a colaboração premiada não é algo inédito, pelo menos não em termos penais. Antes da Lei 12.850/2013, porém, pouco se ouvia falar do instituto, o qual, sem “qualquer” regulamentação processual até então, seguia num quase completo anonimato, sem causar grande alvoroço.

Não obstante, após a entrada em vigor da Lei de Organizações Criminosas, mormente com o advento da operação “lava jato”, o mecanismo de obtenção de prova provocou uma completa mudança de paradigma no processo penal pátrio, que passou a comportar uma série de “exceções”, dantes inimagináveis, como: (i) a imposição de pena antes mesmo do oferecimento da denúncia; (ii) a progressão de regime, posto que sem o preenchimento dos requisitos objetivos; (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, conquanto desatendidas as exigências do artigo 44 do Código Penal etc.

Assim é que, em razão das inúmeras vantagens, tanto para os órgãos persecutórios — os quais passaram a gozar de uma certa comodidade probatória — quanto para os colaboradores — que se viram livres do cárcere, mesmo com longos anos de pena impostos em sentenças criminais —, o instituto da colaboração premiada passou a ocupar posição de destaque no direito brasileiro.

Dessa forma, descogita-se a hipótese de afastamento da colaboração premiada no cenário processual brasileiro, sobretudo ante a atual quadra da Justiça Penal, que parece, mais do que nunca, acolher a “novidade” regulamentada pela Lei de Organizações Criminosas.

Portanto, longe de se refutar a aplicabilidade do “novel” instituto, far-se-ão, no presente artigo, algumas observações cujo objetivo nada mais é do que, partindo-se da premissa de que a colaboração premiada firmar-se-á no Direito brasileiro, estabelecer (alguns) parâmetros a fim de que sua consolidação se dê da forma mais consentânea quanto possível aos postulados legais e constitucionais, de há muito existentes na legislação pátria.

Começa-se por criticar a ausência de regulamentação procedimental nas negociações dos acordos premiais, o que acaba gerando uma superioridade hierárquica da parte estatal e, conseqüentemente, a hipossuficiência do colaborador.

Deveras, a “importação” da colaboração premiada para o Brasil não se operou de modo pacífico, harmonioso. Muito pelo contrário! Pelo menos tal como posto, o instituto, atrapalhado do ponto de vista dogmático, “caminha perdido” no processo penal pátrio.

Tanto isso é verdade que Diogo Malan, ao discorrer sobre o tema, foi incisivo ao asseverar que “o instrumento da colaboração premiada foi importado do Direito norte-americano sem que fosse devidamente adaptado ao Brasil”^[1], de modo que, para o autor, “no sistema penal nacional, a delação ‘é como uma cuíca numa orquestra sinfônica ou um violoncelo numa bateria de escola de samba’”^[2].

Diante desse desarranjo normativo, no qual complexas situações jurídicas ainda carecem de regulamentação, diversas controvérsias negociais restam cobertas por uma espessa zona de fumaça, que



acaba atrapalhando o atuar dos sujeitos negociadores quando da celebração de acordos de colaboração premiada.

Dentre tantos pormenores que seguem sem regulamentação na atual sistemática legal, a ausência de paridade entre as autoridades públicas e o colaborador é uma questão que fragiliza a posição daquele que cometeu delitos e deseja colaborar com a Justiça.

É que, “de um lado, existe o monopólio do comprador — Estado, via Ministério Público, Delegado de Polícia — e, de outro, possíveis vendedores de informação (colaboradores/delatores)”[3] (grifou-se). Assim, não se pode negar que a parte estatal da relação negocial, por “monopolizar” o instituto e o negócio, acaba por ocupar uma posição de superioridade, quebrando a desejável relação sinalagmática (imprescindível à “justa” negociação)[4].

Observe-se que o colaborador, ao adotar uma postura colaborativa, quer que suas informações (provas) sejam bem avaliadas, de modo a lhe garantir vultosos prêmios em contraprestação à atitude proativa. Entretanto, na dicção de Alexandre Moraes da Rosa, “os critérios para a fixação do preço são flutuantes e dependem da qualidade, da quantidade, do impacto e da credibilidade do material vendido, enfim, das recompensas”[5] (grifou-se).

O grande problema desses “preços flutuantes” é a subjetividade por parte dos agentes estatais, que são quem, em última análise, dirá quais os critérios quantitativos e qualitativos das informações fornecidas pelo colaborador. A este, por sua vez, não raro por conta de blefes, medo e falta de transparência, restará o dilema do “é pegar ou largar”, ainda que haja patente desvalorização de suas provas.

Isso assim se dá na medida em que, quando o pretense colaborador começa as tratativas, o faz de forma pouco segura, já que sabe, por um lado, que crimes cometeu, mas desconhece, por outro, quais elementos probatórios foram produzidos em seu desfavor, bem assim em qual nível investigativo encontram-se os encarregados da *persecutio criminis*.

Assim, ao bater às portas do Ministério Público ou da autoridade policial, para além de “vender informações”, o colaborador vai para negociar sua liberdade (bem da vida que se quer tutelar) sem, contudo, saber até que ponto ela se encontra comprometida. Vale dizer, parte para uma negociação (colaboração premiada) sem saber quanto vale (ou quanto *dirão* que vale[6]) o “objeto” — informações — a ser entregue aos agentes estatais. Inexiste, portanto, uma relação sinalagmática, de paridade negocial.

Diante desse contexto, nota-se que o colaborador, na atual sistemática, encontra-se em posição totalmente desfavorável, porquanto, ao negociar, nem sequer sabe quais provas lhe pesam em desfavor. Não raro acontece de, por medo, falar algo que as autoridades públicas nem mesmo tinham ciência, prejudicando-se (e a outros) em busca de benefícios pífios, haja vista que, se não sabe o patamar investigativo em que se encontram os investigadores, não pode mensurar o valor (quantitativo e qualitativo) que a sua informação agregará à investigação — o que caberá, *unilateralmente*, à parte estatal.

Com os olhos, pois, voltados para esse ambiente, defende-se a implantação do método do *discovery* (descoberta), adotado nos acordos dos Estados Unidos como mecanismo de mitigação de prejuízos e



efetivação da boa-fé objetiva nos pactos premiais.

Ora, como mencionado alhures, na atual sistemática, por conta da ausência de meios legais capazes de fornecer transparência às negociações, encontra-se o colaborador em posição totalmente desfavorável, uma vez que, ao proceder às negociações, desconhece totalmente que provas lhe pesam em desfavor.

Isso ocorre porque, segundo pondera Alexandre Moraes da Rosa, “a base normativa da colaboração/delação premiada no Brasil depende da atitude dos jogadores/agentes que estão situados no contexto do procedimento para a delação, já que as diretrizes gerais não indicam os protocolos de cada reunião”[7], havendo, assim, “uma nebulosidade quanto à maneira como se estabelece, na prática, a delação premiada”[8].

Tem-se percebido que, ante as lacunas normativas por ora[9] existentes, se está a tratar do processo penal negocial como um verdadeiro “comércio flutuante”, guiado pela “mão invisível”[10] de Adam Smith, no qual os bens jurídicos negociados sequer poderiam ser transigidos (liberdade, culpa, inocência, devido processo legal, presunção de inocência, manejo de recursos constitucionais etc.).

Alexandre Moraes da Rosa, a propósito, ao fazer uma (re)leitura do processo penal com as lentes da Teoria dos Jogos, explica que, “para além da legalidade, a metodologia utilizada [nas colaborações] difere em cada comprador, dada a ausência de regramento legal sobre o “modo” como a negociação deve ocorrer”[11] (grifou-se).

Com efeito, para o precitado autor, há de prevalecer “o jogo da negociação, do mercado flutuante e da capacidade de compra e venda de informações probatórias”[12]. É dizer, mesmo inexistindo normas claras sobre os procedimentos negociais, deve-se “jogar o jogo”, aprimorando-se não as normas procedimentais, mas, sim, os *players* e suas táticas comerciais.

Data máxima vênia, malgrado não se desconheça a relevante colaboração do autor para o processo penal pátrio contemporâneo, pensa-se que o processo não pode, em hipótese alguma, ser visto como um jogo, em que “ganha” o jogador mais habilidoso ou com melhor capacidade psicológica/negocial.

Outrossim, defende-se que não pode haver no “mercado da delação” uma mão invisível a guiar os negociantes, tal como deve(ria) ocorrer na economia (Adam Smith), por uma razão simples: o processo penal não pode ser encarado de forma utilitarista, como uma simples ferramenta de solucionar litígios, ainda que injustos.

Dessa forma, sustenta-se que, antes de se ditarem regras e táticas para os *players* jogarem num cenário aberto, sem controle ou normas claras, devem-se providenciar mecanismos legais capazes de obstar o desregulado “comércio” aniquilador de bens intangíveis/inegociáveis — notadamente de garantias constitucionais.

Nesse panorama, consigna-se que uma maneira de reduzir essa desigualdade negocial, a qual somente fortifica a disparidade de armas que tem imperado no processo penal contemporâneo, seria estabelecer critérios bem delimitados, como, por exemplo, a instituição de uma estrutura de conhecimento das fontes de provas em delações.



Geraldo Prado, aliás, ao tratar da temática e tecer críticas à atual quadra da “justiça negocial”, sugere a implementação do “método do *discovery* (descoberta), adotado nos acordos dos EUA, semelhantes às delações. Conforme esse sistema, o investigado ou réu tem direito a conhecer todas as provas e indícios nos quais a polícia e o MP baseiam sua acusação”^[13].

Isso porque, na linha do que vem sendo defendido, para o predito autor, a negociação de um acordo de delação deve ser baseada na lealdade, e não enxergada como um jogo estratégico, no qual o importante é conseguir obter uma vantagem^[14].

Note-se que a incorporação do método do *discovery*, na prática, seria a efetiva “positivação” da lealdade e da boa-fé objetiva no campo da negociação, “elevando” os enunciados principiológicos — cuja hipótese de incidência é aberta, e o conseqüente normativo, indeterminado — à categoria de norma procedimental taxativa, com previsão de sanção expressa em caso de inobservância.

Com isso, evitar-se-á a (equivocada) interpretação do processo penal como um jogo de negociação, em que as partes se comportam como vendedores e compradores (de bens, em tese, inegociáveis) e cujo objetivo, mais do que a realização de justiça, é “comprar muito pagando pouco”.

Mas não é só: com o método do *discovery*, implementar-se-á um mecanismo de transparência negocial, possibilitando-se ao colaborador um panorama das investigações, de modo a que possa ter uma noção real de quanto suas informações valem, de quão importantes são para as autoridades públicas.

Isso dado que, ante a falta de transparência, pode eventualmente ocorrer, de forma totalmente antiética e desleal, que informações sejam adjetivadas de irrelevantes e não agregadoras, mesmo que não o sejam, somente para os pagamentos (prêmios legais) não serem altos. É dizer, com má-fé, é possível até mesmo “comprar-se muito pagando-se pouco”.

Portanto, ao implementar-se o método do *discovery*, eliminar-se-ão os “blefes”, os “trunfos”, as “jogadas desleais”, bem como os eventuais “jogadores espertos”, que podem até mesmo se valer ou não de provas inexistentes e de informações inventadas para “forçar” acordos de colaboração premiada, violando não só os princípios já mencionados — lealdade processual, boa-fé objetiva etc. — como também, e sobretudo, a própria vedação à não autoincriminação.

[1] RODAS, Sérgio. *No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cúica numa orquestra sinfônica*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufjr-uerj>. Acesso em: 31.ago.2018.

[2] *Ibidem*.

[3] ROSA, Alexandre Moraes da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

[4] Aury Lopes Jr. explica que “a superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de



coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a 'segurança' do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente". LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: Introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

[5] ROSA, Alexandre Moraes da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

[6] As informações podem valer muito mais do que o preço [prêmio] oferecido, uma vez que “os negociadores fixam, antecipadamente, os preços do objeto da delação, mas não expõem ao adversário, porque se o fizerem podem gerar problemas [...] por isso, nem sempre o jogo às claras pode ser produtivo”. ROSA, Alexandre Moraes da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

[7] ROSA, Alexandre Moraes da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

[8] *Ibidem*.

[9] Essa realidade precisa ser modificada. É isso, a propósito, que se pretende evidenciar no presente texto.

[10] Júlio Cesar S. Santos explica que, “de acordo com Adam Smith, o auto-interesse de uma sociedade livre proporcionaria a forma mais rápida de uma nação alcançar o progresso e o crescimento econômico. Na sua liberal opinião o maior obstáculo a esse progresso econômico seria o intervencionismo do Estado na Economia; pois, para ele, existiria uma 'mão invisível' que auto-regularia o mercado. Ou seja, para Adam Smith, se o mercado fosse deixado em paz pelos governos ele se manteria sempre em equilíbrio. Isso ele denominou de ‘Laissez-Faire’”. SANTOS, Júlio Cesar S. *Adam Smith e a mão invisível do mercado na economia*. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/adam-smith-e-a-mao-invisivel-do-mercado-na-economia/48780/>. Acesso em: 11.set.2018 [grifou-se].

[11] ROSA, Alexandre Moraes da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

[12] *Ibidem*.

[13] RODAS, Sérgio. *Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em 11.set.2018.

[14] *Ibidem*.

Date Created

17/10/2018