

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

3.^a edição

Revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

A **confissão do delator é elemento essencial** da delação. Se o delator negar a autoria delitiva, limitando-se a atribuí-la a um terceiro, tal ato não terá qualquer valor probatório. A delação não passará de um ato de defesa.

Mesmo que o delator tenha confessado a autoria delitiva, é necessário, também, que a delação seja acompanhada de **outros elementos de prova** que corroborem o seu conteúdo.

Finalmente, no caso de delação extrajudicial, é necessário que a **delação tenha sido confirmada em juízo**. A delação feita no inquérito policial não terá nenhum valor se for retratada no interrogatório judicial.¹⁸¹

10.5.4 *Valor probatório*

A **delação isolada**, não corroborada por outros meios de prova, **não é suficiente para fundamentar uma sentença condenatória**.¹⁸²

Também na decisão de pronúncia, ainda que se trate de juízo de probabilidade, se a delação não estiver acompanhada de outros elementos probatórios, não será suficiente para submeter o acusado ao júri. Se houver outros meios de prova que amparem a delação, serão estes, e não a delação em si, que caracterizarão os “indícios suficientes de autoria”. E, mesmo para a decretação da prisão preventiva, a delação desacompanhada de outros elementos de prova não pode ser considerada caracterizadora do “indício suficiente de autoria”.

10.5.5 *Da denominada delação premiada*

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta disciplinas jurídicas específicas, em variados diplomas legais, sobre a chamada “delação premiada” ou colaboração processual. Tais normas geralmente se limitam a prever os requisitos para sua aceitação e, no plano do direito material, seus efeitos quanto à pena: ora a extinção da punibilidade, ora o início do cumprimento de pena em regime aberto e ora apenas a redução da pena. Há, ainda, hipóteses específicas em que se possibilita a aplicação de pena restritiva de direito, ao invés de privativa de liberdade. Há, pois, variações quanto aos seus requisitos e efeitos penais.

Apenas a título exemplificativo, há regimes específicos na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, art. 25, § 2º), na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4.º), na Lei de Lavagem de Dinheiro (§ 5º do art. 1º da

no crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra”.

181. Na jurisprudência: TJSP, Emb. Inf. nº 098.422-3; extinto TACrimSP, RJTACrim 36/339.

182. Na jurisprudência: STF, HC nº 94.034/SP, HC nº 84.845/SP, HC nº 71.803/RS, REExt. nº 213.937/PA, HC nº 75.226/MS; STJ, RHC nº 11.240/PR. No regime da delação premiada da Lei 12.850/2013 há regra expressa nesse sentido, que deve ser aplicada por analogia. O art. 4.º, § 16, prevê: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”

Lei nº 9.613/1998, art. 1º, § 5.º) e na Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas, que também trata da proteção aos réus colaboradores (Lei nº 9.807/1998, arts. 13 e 14).

De todos os regimes legais de delação premiada, o mais completo e detalhado é o da Lei da organização criminosa (Lei nº 12.850/2013, art. 4.º a 6.º), que estabelece a regra em comento, no § 16 do art. 4º Sua aplicação, contudo, não será limitada à “colaboração processual” no âmbito da criminalidade organizada.

Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. Isso porque, não há nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado, que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais que a preveem. Não é, pois, um caso de *lex specialis derogat generali*. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um coimputado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o sistema financeiro nacional.

Atualmente, tem sua mais ampla disciplina na Lei do Crime Organizado – Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, em seus arts. 4º a 9º trata, sob a eufemística denominação “colaboração processual”, da popularmente denominada “delação premiada”, sendo este o modelo que se adotará como regra geral de análise.

A colaboração processual, segundo a lei, terá três fase: (i) fase de negociação e acordo; (ii) fase de homologação judicial; (iii) fase de sentença, em que se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo, aplicando-se ou não o benefício proposto.¹⁸³

Nesse ponto, não se pode deixar de destacar o avanço em termos de disciplina legislativa. Somente com a Lei nº 12.850/2013 passou a existir efetivo regramento legal sobre o conteúdo, a forma, o momento e, até mesmo, ainda que parcialmente, o procedimento probatório da delação. Até então, o legislador se limitava a tratar dos efeitos materiais, em termos de redução de pena, substituição de pena ou mesmo de extinção da punibilidade que a delação premiada terá.

Porém, a recente disciplina da colaboração premiada ainda é muito mais voltada para o conteúdo do acordo de colaboração premiada em si, do que para a forma processual de produção de tal prova e, principalmente, de como os delatados poderão exercer o seu direito à prova em face do delator.

Uma premissa que nos parece fundamental para a análise probatória da delação premiada é que ela não se efetiva em um único ato isolado. Ao contrário, a delação premiada caracteriza-se por um conjunto de atos consistindo um verdadeiro incidente probatório. Assim, inicia-se com o acordo de vontades entre o investigado ou acusado delator e o Ministério Público, no qual são estabelecidos os limites do acordo, o seu conteúdo, as obrigações do delator, as exigências a serem satisfeitas, os processos em que poderão ser utilizados, os efeitos pretendidos em termos de redução ou mesmo isenção de pena, entre outras questões.

183. Greco Filho, *Comentários à Lei ...*, p. 40-41.

Além do acordo de vontades em si, documentado em um ato escrito, a delação envolve uma série de outros atos: a própria declaração do delator; a entrega de documentos ou coisas em seu poder, que contribua para o cabal esclarecimento dos fatos e punição dos demais responsáveis; a confirmação judicial das declarações extrajudiciais; eventual análise de documentos e outras provas ligados aos fatos; o compromisso de pagar a multa penal; e, em alguns casos, até mesmo a renúncia ao direito de recorrer.¹⁸⁴

10.5.5.1 O acordo de delação premiada

Quanto aos sujeitos participantes da delação premiada, ainda que os dispositivos legais que regem a matéria não ofereçam detalhes sobre o procedimento da *delação premiada*, importante destacar que se trata, em regra, de um acordo efetuado entre o investigado ou réu, de um lado, e o Ministério Público, de outro, posteriormente levado ao magistrado para apreciação e aplicação do benefício adequado à extensão da colaboração e à sua utilidade.

O juiz não deve presenciar ou participar das negociações da delação, porque eventual fracasso destas implica a desconsideração de todos os seus termos – inclusive da eventual confissão do réu que pode integrar a proposição inicial. Caso o julgador presencie os atos prévios à delação, não conseguirá descartar mentalmente os elementos dos quais tomou conhecimento, mesmo que a delação não ocorra e os atos de negociação sejam descartados. A participação do juiz em tal acordo colocará em risco a sua imparcialidade objetiva.

Assim, apenas após sua concretização, o acordo de delação será remetido ao magistrado, que apreciará no momento processual adequado – em regra na sentença – a efetividade da colaboração e aplicará o benefício que entender mais conveniente, não estando vinculado aos termos negociados pelas partes.¹⁸⁵

Havendo acordo sobre a colaboração premiada, deverá ser lavrado um termo, por escrito, nos termos do art. 6º, merecendo destaque a necessidade de conter “o relato

184. O caráter complexo da delação premiada, consistindo num conjunto de atos, de duração continuada no tempo, pode ser percebido nos próprios acordos entre o delator e o Ministério Público. Tome-se, como exemplo, o “Termo de deliberação em procedimento de delação premiada” constante do livro de Fausto Martins de Sanctis, *Crime organizado e delação premiada*, p. 182-183, ou o “modelo de acordo de delação premiada” utilizado pela 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, que pode ser consultado no extraído do anexo do artigo de Granzinoli, *A delação premiada...*, p. 162/167.

185. No sentido o art. 4º da Lei 12.850/2013, em seu § 6º, prevê: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Por outro lado, o § 7º do mesmo dispositivo estabelece que: “§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

da colaboração e seus possíveis resultados” (inciso I), “as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (inciso II) e “a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor”.

Visando a preservar sua imparcialidade, o juiz não participa das negociações do acordo de colaboração, que ocorrerão entre Delegado de Polícia, o Investigado assistido por seu defensor e o Ministério Público (art. 4º, § 6º).

10.5.5.2 A homologação judicial do acordo

Uma vez celebrado e formalizado, o acordo de colaboração premiada deverá, então, ser homologado judicialmente (art. 7º, *caput*). As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz.¹⁸⁶

Embora sem muita clareza, a lei estabelece a necessidade de apreciação judicial do acordo de colaboração, pois há previsão de que, ao receber o acordo, o juiz “*decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas*” (art. 7º, § 1.º.) Mais do que isso, o Juiz poderá deixar de homologar o acordo, se a proposta “*não atender aos requisitos legais*”. (art. 4º, § 8º). Para tanto, além de analisar o conteúdo das declarações prestadas pelo colaborador, o juiz deverá verificar a “*regularidade, legalidade e voluntariedade*” do acordo, podendo, para tal apreciação, ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor. (art. 4º, § 7º). Ou seja, o juiz não se limitará a analisar aspectos formais ou vícios de vontade, podendo também apreciar aspectos relacionados ao cabimento do acordo e os efeitos propostos.

Importante efeito que decorre da homologação do acordo judicial é que quando o colaborador for depor, “*renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*” (art. 4º, § 14º). E, mesmo que já tenha sido proferida sentença, sendo concedido o perdão judicial, ou mesmo no caso em que sequer seja denunciado em razão da colaboração, o colaborador poderá ser ouvido em juízo, em processo envolvendo os delatados, seja por requerimento das partes, seja por iniciativa *ex officio*, da autoridade policial (art. 4º, § 12).

Por outro lado, as partes poderão se retratar da proposta, caso em que “*as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor*”. Como a lei prevê que não poderão ser utilizadas “*exclusivamente*” contra ao colaborador, o conteúdo da delação poderá ser utilizado em relação aos delatados, contra os quais poderão ser valoradas.¹⁸⁷ A lei não estabelece, porém, se essa retratação é um direito potestativo do delator ou do Ministério Público, isto

186. Mesmo distribuído em juízo, o acesso aos autos do acordo de colaboração será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia. Por outro lado, é assegurado “ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que for recebida a denúncia (Lei 12.850/13, art. 7º, § 3º).

187. Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 10.

é, que poderá se dar por mero ato de vontade da parte, ou se depende da ocorrência de determinados fatos, como por exemplo, o inadimplemento de algum dos compromissos assumidos, ou a inobservância dos direitos assegurados ao delator, no art. 5.º. Não havendo qualquer restrição ou condicionamento na lei, entende-se que a delação pode ser retratada a qualquer momento, por mero ato dispositivo do delator.¹⁸⁸

A colaboração também poderá ter efeitos processuais.

Se for celebrada na fase de investigação preliminar, poderá haver suspensão do prazo para oferecimento da denúncia, por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração (art. 4º, § 3º). Esta regra, contudo, somente vale em relação ao delator. Não se pode imaginar que o prazo para oferecimento da denúncia fique suspenso, em relação ao delatados que, inclusive, poderão estar presos cautelarmente. Embora normalmente o processo devesse ser unitário, em razão dos efeitos da continência por cumulação subjetiva, em tal hipótese,¹⁸⁹ fatalmente ocorrerá o desmembramento do processo, em relação ao delator.¹⁹⁰

Por outro lado, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia, se o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração, e não for o líder da organização criminosa (art. 4º, § 4º). Ou seja, nesse segundo caso, não haverá oferecimento de denúncia, sendo a colaboração processual apta a afastar a regra da obrigatoriedade da ação penal.

A colaboração também poderá ser celebrada no curso do processo, hipótese em que este ficará suspenso, também pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período (art. 4º, § 3º).

A colaboração processual ainda poderá ser posterior à sentença, hipótese em que a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 7º, § 1º).

10.5.5.3 *A produção da prova nos processo com delação premiada*

Um ponto de partida relevante é destacar a posição do delator em relação ao processo em que se pretende valorar a delação: (i) o delator é corréu no mesmo processo em que se apura a responsabilidade dos delatados; (ii) o delator não é réu no processo em são acusados os delatados. No primeiro caso, em regra, o delator fornecerá sua

188. Como a delação contém uma confissão do delator, a admissão da retratação da delação, pelo menos em relação a autoincriminação do delator, implica que se está diante de regra especial, no caso de crime organizado, em relação ao art. 200 do CPP que prevê: "A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto". Isso porque, a ressalva de que o juiz poderia formar o seu convencimento com base na confissão retratava, implicava que ela ainda assim pode ser valorada contrária ao acusado, o que está vedado na Lei nº 12.850/2013.

189. CPP, art. 77, inc. I.

190. CPP, art. 80, c.c. Lei nº 12.850/2013 art. 4º, § 3º.

versão dos fatos, em seu interrogatório, no segundo caso, em depoimento, em regime anômalo ao de uma testemunha.

De qualquer forma, tomando por premissas as regras de teoria geral da prova, no que diz respeito à delação premiada, seja considerando-a sob a roupagem do interrogatório especial, seja tratando-a como uma prova testemunhal anômala, o certo é que se trata de buscar um instrumento probatório apto a introduzir no processo elementos de prova originários de uma fonte pessoal, também chamada de fonte oral, porque a forma de sua produção inclui, invariavelmente, prestar uma declaração. Ainda que com diferenças específicas, o interrogatório do acusado, o depoimento das testemunhas e as declarações do ofendido têm, como elemento comum, tratar-se de manifestação oral de um fato ou acontecimento apreendido pelos sentidos e, depois, reproduzido mediante comunicação verbal. É da essência da prova oral a prova sua **produção em contraditório**¹⁹¹ até mesmo porque, disciplina diversa seria incompatível com o direito ao confronto previsto no art. 8.2, f, da CADH

Tudo o que foi dito vale, também, por similitude, para o depoimento do corréu que realizou uma delação premiada. Trata-se de uma fonte de prova pessoal que deve introduzir os conhecimentos que tem sobre os elementos de prova mediante declarações orais, em contraditório judicial, assegurando-se o direito à perguntas e reperguntas das partes e, em especial, daquele que foi delatado. Sem isso, resta inviabilizado o direito à prova do delatado, no caso, o direito de se defender provando.

10.5.5.4 O valor probatório da delação premiada

Do ponto de vista probatório, a delação sempre foi motivo de grandes resistências, pela sua natural potencialidade de gerar injustiças. E isso, muito antes de se cogitar de delação premiada.

Munhoz Conde adverte que dar valor probatório a declaração do corréu em si mesma implica abrir a porta para a violação do direito fundamental à presunção de inocência e a práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica frente de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a polícia e o Ministério Público, com a consequente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros.¹⁹²

Entre negar qualquer valor probatório à delação premiada, de um lado, ou dar-lhe valor pleno, de outro, é possível adotar um caminho intermediário: admitir a delação premiada, mas com valor probatório atenuado.

Foi nessa linha média, mas que não deixa de ser restritiva ante a regra geral do livro convencimento judicial, que a Lei nº 12.850/2013 trouxe uma importantíssima

191. Nesse sentido manifesta-se Grevi, *Le 'dichiarazione ...*, p. 1159, considerando que a declaração deve se dar Segundo as regras "relative alla dialettica tra esame diretto e controesame".

192. Munhoz Conde. *La búsqueda ...*, p. 83-84.

regra legal de valoração, no que diz respeito à utilização da colaboração premiada como elemento de formação da convicção judicial contra os coautores ou partícipes delatados. O § 16 do art. 4º prevê que “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”.

Há, nesse ponto, inegável limitação legal ao livre convencimento judicial que, normalmente, é governado por regras epistemológicas e não jurídicas. Mas não se trata, por óbvio, de um retorno ao sistema da prova legal, em seus moldes medievais, “com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias”.¹⁹³ Adotou-se um regime de **prova legal negativa**, em que se determina que somente que a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável.¹⁹⁴

Trata-se de uma **regra de corroboração**, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova.¹⁹⁵ Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios.¹⁹⁶ Este, aliás, já era o posicionamento que vinha sendo seguido pela jurisprudência,¹⁹⁷ em relação às delações antes da Lei nº 12.850/2013.

A jurisprudência italiana tem considerado que o controle sobre a valoração da declaração do coimputado deve se desenvolver sob um triplice perfil: (i) em relação a credibilidade do delator, ou seja, a circunstância de que seja pessoa digna de fé (é o tema “de quem fala”); (ii) em relação à coerência e verossimilhança da narração (é o tema de “que coisa disse”); (iii) em relação aos chamados elementos extrínsecos, isto é, a circunstância de que a declaração do delator, na parte significativa da reconstrução dos fatos, encontre confirmação em outros elementos de prova (fenômeno não diverso da convergência dos indícios sobre uma mesma proposição).¹⁹⁸ Os dois primeiros momentos são de análise de **requisitos intrínsecos**, seja subjetivo, em relação ao declarante, seja objetivo, em relação ao conteúdo da declaração, comuns a análise

193. Nobili, *Il principio* ..., p. 105.

194. Amodio, Libertà e legalità ..., p. 232.

195. Seiya, *O conhecimento* ..., p. 205.

196. Grevi, *Le dichiarazioni* ..., p. 1174.

197. O STF já decidiu que: “É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação” (STF, REExt. nº 213.937). Neste mesmo sentido: STF, HC nº 71.803, REExt. nº 213.937, HC nº 75.226.

198. Ferrua, *La prova*, p. 39., p. 160-206. Entre nós, e mesmo antes da Lei 12.850/13, Bittar (*Delação premiada*..., p. 193) já propugnava pela necessidade de corroboração da delação premiada, bem como pela adoção do triplice critério da jurisprudência italiana.

do valor de qualquer testemunho; já o terceiro, é um **requisito extrínseco**, específico do controle das declarações incriminatórias de correu, isto é, da delação premiada.

A valoração do elemento intrínseco subjetivo deve se basear em um juízo unitário e complexo, considerando a pessoa do delator, com vistas a sua personalidade, seu passado, as razões que o levaram a confessar etc... Evidente que não será obstáculo o propósito “utilitarista” que leva o delator a confessar para obter um benefício legal, pois este é o componente essencial do chamado sinalagma da delação premiada.¹⁹⁹ Logo, será fator de credibilidade o “desinteresse” do delator, isto é, a inexistência de um lucro pessoal, que pode ser resumido na ausência de animosidade, inimizade ou ódio do delatado.²⁰⁰

Entre os elementos intrínsecos objetivos destaca-se a firmeza, a constância e a especificidade lógica da declaração.²⁰¹ Por logicidade deve se entender a sua coerência interna e uma racional colocação no mosaico dos fatos narrados no processo.²⁰² O conteúdo da declaração também deve seja articulado, isto é, exige-se uma narrativa rica em particularidades e especificidades, que permitam o seu controle de seu conteúdo através de fatos objetivamente verificáveis. Além da articulação, exige-se, ainda, a univocidade: a declaração consistir em palavras e locuções que não sejam ambíguas ou suscetíveis de significados diversos.²⁰³

Por outro lado, quanto ao requisito extrínseco da corroboração, como bem destaca Grevi, o objeto da confirmação exigida pela lei, não podem ser as declarações provenientes do delator “considerada em seu complexo”, mas devem ser “os fatos a que elas se referem, na parte em que se pretende ter em conta para fins de decisão”, devendo se ter em conta cada um dos sujeitos delatados e cada um dos fatos a eles atribuídos.²⁰⁴ Se assim não fosse, o sentido dessa corroboração, se confundiria simplesmente com uma confirmação genérica da atendibilidade do declarante, e não com a corroboração externa das asserções fáticas da declaração do delator.

A concordância, portanto, deve ser analisada do ponto de vista objetivo (os fatos narrados) e subjetivo (as pessoas delatadas). Logo, é perfeitamente possível que parte do conteúdo da delação (p. ex.: um determinado crime) encontre corroboração em outras provas, e parte não seja confirmada. Também é possível que haja prova concordante quanto a um dos delatados, e em relação a outro não. Em relação ao crime ou pessoa que não há corroboração, não será possível a condenação, pela limitação ao livre convencimento estabelecida no § 16 do art. 4º. Por outro lado, na parte em que houver harmonia com outros elementos, será possível a condenação, embora o juiz

199. Deganello, *I criteri* ..., p. 164.

200. Deganello, *I criteri* ..., p. 165.

201. No sentido de que elementos indiciários também podem servir para corroboração: Dell'Anna, *L'esame del* ..., p. 570.

202. Bevere, *La chiamata* ..., p. 125.

203. Bevere, *La chiamata* ..., p. 127.

204. Nesse sentido: Grevi, *Le dichiarazioni* ..., p. 1182; Dell'Anna, *L'esame* ..., p. 55.

possa valorar o não encontro de outras provas na parte em que não houve confirmação, sob o ponto de vista da credibilidade (ou ausência de) do delator.²⁰⁵

A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas ...²⁰⁶

Mas, uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou **corroboração cruzada**. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B.

O § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada “impura”,²⁰⁷ o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho. Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?²⁰⁸

Portanto, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada.²⁰⁹ Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.

A nova regra também implicará um **reforçado dever de motivação**. O juiz, ao justificar a escolha da hipótese acusatória, como sendo aquela que resultou racional-

205. Dell’Anna, *L’esame* ..., p. 572.

206. Bevere, *La chiamata* ..., p. 132. No sentido de que elementos indiciários também podem servir para corroboração: Dell’Anna, *L’esame* ..., p. 571.

207. Seica (*O conhecimento* ..., p. 220) observa, com razão, que “a delicadeza” do conhecimento probatório do co-arguido reside na presumível proximidade com os fatos que caracterizam o *thema probandi* e, justamente “essa proximidade o coloca na privilegiada posição de adulterar a narração, continuando a apresentá-la credivelmente”.

208. Esse “defeito congênito” da delação cruzada é destacado por Cordero (*Procedura Penale* ..., p. 826) que, contudo, admite a *mutual corroboration* desde que proveniente de fontes independentes.

209. Na doutrina italiana, admitindo que o elemento de corroboração pode ser constituído por outra delação, desde que as declarações acusatórias sejam convergentes, intrinsecamente atendíveis e sejam realmente autônomas entre si: Grevi, *Le ‘dichiarazioni* ..., p. 1179. Em sentido contrário, não admitindo da corroboração recíproca: Nobili, *La nuova* ..., p. 315; Verrina, *Valutazione* ..., p. 109; Dell’Anna, *L’esame* ..., p. 576.

mente aceita, entre outras hipóteses fáticas diversas, deverá indicar, além do conteúdo da declaração do delator, outro elemento de prova cujo teor aponte no mesmo sentido, confirmando, somando-se ao conteúdo da delação.

Sem essa complementação probatória, restará contrariada a regra do art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013. A delação “nua”, isto é, sem um elemento de confirmação é, por si, inidônea para justificar uma condenação.²¹⁰ Logo, a condenação fundada isoladamente em delação premiada viola lei federal, cuja constatação independe de revolvimento do material probatório e poderá ser controlado mediante recurso especial.²¹¹

10.6 Declarações do ofendido

10.6.1 Posição do ofendido no processo penal

Em regra, o ofendido não é parte na ação penal condenatória. Somente na ação penal de iniciativa privada o ofendido é parte, sendo o autor da ação penal. De qualquer forma, o ofendido, ainda que não seja parte, inegavelmente tem **interesse no resultado do processo**. Justamente por isso o ofendido também não pode ser considerado testemunha, que é, por definição, um terceiro desinteressado no processo.

10.6.2 Diferenças entre o ofendido e as testemunhas

Do ponto de vista terminológico, o legislador procurou distinguir o ofendido da testemunha. O ofendido presta “declaração” (CPP, art. 201, *caput*), enquanto a testemunha presta “depoimento” (CPP, art. 204).

A oitiva do ofendido é um dever do juiz, que a realizará “sempre que possível” (CPP, art. 201, *caput*). As testemunhas somente serão ouvidas se forem arroladas pelas partes (CPP, arts. 41 e 395) ou se o juiz, de ofício, determinar suas oitivas (CPP, art. 209, *caput*).

O ofendido não tem o dever de falar a verdade, não presta compromisso e não comete crime de falso testemunho (CP, art. 342), caso falte com a verdade. Já as testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade (CPP, art. 203) e, caso mintam ou caíem a verdade, poderão ser processadas por falso testemunho (CP, art. 342).²¹²

Embora o ofendido não seja testemunha, podem ser aplicadas, por analogia, as disposições relativas às testemunhas impossibilitadas de comparecer em juízo (CPP, art. 220), e à possibilidade da produção antecipada da prova (CPP, art. 225).

210. Bevere, *La chiamata* ..., p. 141.

211. Nesse sentido, em relação ao controle pela Corte de Cassação, da regra do art. 192, comma 3, do CPP italiano, cf.: Massimo Nobili, Titolo I – Disposizione generali (artt. 187-193), in Mario Chiavario (Coord.) *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, Torino: UTET, II, p. 418; Bevere, *La chiamata* ..., p. 135.

212. O ofendido, contudo, poderá responder pelo crime de denúncia caluniosa se der causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (CP, art. 339).