

Organizadores

Daniel de Resende Salgado

Ronaldo Pinheiro de Queiroz



A PROVA no enfrentamento à **MACROCRIMINALIDADE**

2ª edição

Revista, atualizada e ampliada

Prefácio:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo N° _____

CAPÍTULO 10

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A CRIMINALIDADE ORGANIZADA: A CONFIABILIDADE DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR E SEU VALOR PROBATÓRIO.

Andrey Borges de Mendonça¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DA IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO EFICIENTE INSTRUMENTO NO ENFRENTAMENTO DO CRIME ORGANIZADO; 3. ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO AO DEPOIMENTO DO COLABORADOR; 4. DEVER DE DIZER A VERDADE; 5. CONTRADITÓRIO E DIREITO AO CONFRONTO; 6. OITIVA DO COLABORADOR EM JUÍZO. TESTEMUNHA OU INFORMANTE. MOMENTO; 7. VALORAÇÃO DAS PALAVRAS DO COLABORADOR; 8. ASPECTOS INTRÍNSECO DA COLABORAÇÃO; 9. VALOR. REGRA DE CORROBORAÇÃO; 9.1. ALGUNS PARÂMETROS PARA A REGRA DA CORROBORAÇÃO; 9.2. CORROBORAÇÃO CRUZADA ; 9.3. CORROBORAÇÃO NO CASO DE OITIVA DO COLABORADOR COMO TESTEMUNHA?; 9.4. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO, DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E RECEBIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE NAS PALAVRAS DO COLABORADOR; 9.5. COLABORAÇÃO E REVISÃO CRIMINAL; 10. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é, a par de registrar e analisar a importância da colaboração premiada no enfrentamento da criminalidade organizada, verificar a confiabilidade e o valor das declarações prestadas pelo colaborador,² tendo como paradigma de análise a Lei 12.403/2013. Para tanto, buscar-se-á subsidi-

¹ Procurador da República desde 2004. Integrou a Força Tarefa Lava Jato em 2014 e desde janeiro de 2015 integra o Grupo de Trabalho que assessora o PGR na investigação do caso Lava Jato. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide, na Espanha. Mestre em processo penal pela Universidade de São Paulo. Autor de diversos artigos e livros. E-mail: andreyborges@yahoo.com.br.

² O conceito de colaborador da justiça é, segundo PAOLO TONINI, aquele integrante de organização criminosa que, depois de ser pego, com o fim de obter benefícios de direito material e processual, decide dar à Justiça informações úteis a contrastar a atividade da organização da qual faz parte e da qual é o único a poder declarar (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 30 ed., 2012, p. 294). Para a análise dos requisitos e procedimento da colaboração premiada, veja MENDONÇA, Andrey Borges de. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>.

dios na doutrina nacional e estrangeira e, ainda, na ainda incipiente jurisprudência nacional. Ademais, temas correlatos serão tratados, em especial filtros necessários para que a palavra do colaborador possa ser valorada e a qualidade na qual é ouvido em juízo.

De início, destaque-se que o moderno processo penal é voltado para a promoção de dois valores básicos: a eficiência da persecução penal e a garantia dos direitos do imputado. Tais valores não são contrapostos. Ao contrário, devem necessariamente ser assegurados de maneira constante no processo penal para que se possa falar em um processo penal justo. A finalidade do processo penal deve ser justamente a busca de equilíbrio – instável e variável não apenas no tempo, mas também no espaço – entre tais vetores. Justamente este serão os guias da presente análise.

2. DA IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO EFICIENTE INSTRUMENTO NO ENFRENTAMENTO DO CRIME ORGANIZADO

A colaboração premiada – assim como os demais meios de obtenção de provas disciplinados na Lei 12.850 – é instrumento essencial para que se possa ter uma persecução penal eficiente em relação ao crime organizado e a delitos conexos, de difícil comprovação, como a corrupção e a lavagem de capitais.

Inclusive, pode-se afirmar que há tendência internacional em se reconhecer que, para enfrentamento da criminalidade organizada, em razão de suas características³, necessita de meios excepcionais de investigação, diante da insuficiência dos métodos tradicionais. Isto pode ser visto, por exemplo, na Convenção de Viena contra o Tráfico de Drogas, a Convenção de Mérida contra a corrupção e na Convenção de Palermo contra a criminalidade organizada, que reconhecem claramente técnicas especiais de investigação para o enfrentamento destas criminalidades. Deve-se lembrar que em determinados tipos de criminalidade não há testemunhas presenciais e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos. Veja, por exemplo, o delito de corrupção, cujas características também apontam para uma grande dificuldade na obtenção de provas em geral.⁴

3 Segundo a doutrina, as principais características do crime organizado (embora sejam variáveis no tempo e no espaço) são: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente; d) alto poder de intimidação, pela prevalência da lei do silêncio (*omertà* das organizações mafiosas), com emprego de meios cruéis; e) conexões locais e internacionais e divisão de territórios para atuação; f) estrutura piramidal das organizações criminosas e sua relação com a comunidade; g) cultura de supressão das provas (DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11/14 e 33).

4 Segundo a doutrina, as características do delito de corrupção são: ser um delito sem vítima determinada, em que o corruptor e o corrupto não têm interesse em denunciar – sendo, por isto, no mais das vezes,

Nessa linha, a colaboração premiada apresenta importância premente quando se enfrenta o crime organizado, a corrupção e crimes correlatos. Em razão de suas características - sobretudo, a lei do silêncio (*omertá*), imposta pela violência, a "cultura da supressão da prova", e o "segredo" no qual em geral estão envolvidos - os instrumentos tradicionais não dão respostas eficazes⁵. Ademais, a periculosidade e a impenetrabilidade das organizações criminosas indicam que há grave risco de disfunção repressiva minimamente eficiente, pelo bloqueio investigativo que referido tipo de criminalidade geralmente demonstra.⁶ Como afirma o Juiz americano STEPHEN TROTT, o colaborador é instrumento vital de defesa da sociedade e muitos casos importantes não seriam levados a julgamento - em especial envolvendo crime organizado - sem criminosos como colaboradores. Como disse a Suprema Corte americana, a sociedade não pode se dar ao luxo de descartar a prova produzida pelos colaboradores. Até porque crimes não são cometidos no céu e, assim, nem todas as testemunhas serão anjos. A questão, portanto, não é se o colaborador deve ou não ser usado, mas sim *quando e como*.⁷

Justamente por isto, a colaboração premiada surge como eficiente instrumento que permite o enfrentamento destas novas formas de criminalidade, em especial o crime organizado e crimes correlatos, visando permitir uma persecução penal minimamente eficiente e, sobretudo, apta a melhorar a qualidade do material probatório produzido, com o objetivo de permitir uma resposta eficiente aos graves danos aos direitos fundamentais, individuais e transindividuais, cometidos por tais delitos.

A colaboração premiada, justamente por ser técnica especial de investigação, embora aplicável a outros crimes que não apenas a criminalidade organizada,⁸ não pode ser banalizada. Deve ser utilizado como meio de obtenção de

um delito "secreto" - e, por fim, delito que em geral não deixa vestígios. Nesta linha, LI, Rebecca B. L. *Investigative measures to effectively combat corruption*. Resource material series, No.92, p. 139 e ss.

5 SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da Prova e Reconhecimentos "Atípicos" em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (Quase) Constante*. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1388.

6 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 67.

7 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Tradução: Sérgio Fernando Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, p. 74/86.

8 Sobre o âmbito de aplicação do instituto, não parece haver dúvidas de que, para todos os crimes previstos na legislação, o procedimento previsto na nova legislação se aplica, analogicamente. Assim, este raciocínio se aplica para os casos em que há benefícios materiais previstos, tais como para crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP), crimes contra o sistema financeiro (art. 25, §2º, da Lei 7492/1986), nos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (art. 16 da Lei 8137/1990), na Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/2006) e nos crimes de lavagem de capitais (art. 1º, §5º, da Lei 9.613/1998). Ademais, a Lei 9.807/1999, que estabelece programas especiais de proteção às testemunhas e vítimas ameaçadas, trouxe disposições gerais sobre a colaboração premiada, em seus

prova para infrações com especial gravidade, sob pena de afrontar o princípio da proporcionalidade.⁹

3. ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO AO DEPOIMENTO DO COLABORADOR

Há uma desconfiança prévia e justificada do legislador com o colaborador quando presta declarações¹⁰. E isto por vários motivos específicos e particulares, que apontam para o descrédito com suas palavras.¹¹

De início, a colaboração premiada é feita, pela sua própria natureza e finalidade, com sujeitos parciais, que participaram dos fatos delitivos. Em vista da relação entre o conteúdo do depoimento e a qualidade de acusado poderia ter

arts. 13 e 14, aplicáveis a todos os delitos. A jurisprudência já asseverou que, com base na Lei 9807, a colaboração premiada é possível de ser aplicada para qualquer tipo penal. Neste sentido já decidiu o STJ: "O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. 3. A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena (...)". HC 97509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010). No mesmo sentido, STJ, REsp 1109485/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012. Este raciocínio se aplica para a Lei 12.850, que disciplinou de maneira ampla o procedimento da colaboração premiada, sendo a legislação que está no centro do microsistema de colaboração premiada. Na mesma linha, afirma Gustavo Badaró que a Lei 12.850 "Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n 12850/2013*. Disponível em <<http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>>. Acesso em 13 de junho de 2016).

- 9 Segundo o Ministro GILSON DIPP já afirmou: "Acordo de delação premiada é para crimes graves, não só do corréu colaborador como daquele corréu delatado, porque acordo de delação premiada não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado (...)" (Voto proferido no bojo do HC 59115/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 281).
- 10 Destaque-se que, embora comum, nem sempre a colaboração será representada pela oitiva do colaborador em juízo. É possível outras formas de colaboração, como, por exemplo, a apresentação de documentos. No entanto, o objeto da presente análise serão as palavras do colaborador.
- 11 É importante a advertência de Malatesta: ao se analisar o depoimento do colaborador, deve-se apurar os motivos verdadeiramente específicos de descrédito que acompanham a palavra do imputado que incrimina terceiros, ou seja, aqueles motivos de descrédito que não estão presentes nos testemunhos em geral. Por exemplo, a possível inimizade entre o colaborador e o cúmplice não se trata de uma possibilidade de mentira inerente unicamente ao testemunho do acusado, mas sim um motivo de descrédito comum a todos os testemunhos. Embora deva ser considerada pelo magistrado na valoração do depoimento, não é circunstância exclusiva do colaborador. E o mesmo autor afirma que, embora se afirme que a possível inimizade entre o colaborador e o cúmplice seja frequentemente alegada, em verdade, mostra-se inverossímil esta asserção na maioria das vezes, pois "a sociedade criminosa não existe entre inimigos. A cumplicidade requer mútua confiança e não é, por isso, crível que o acusado tenha se associado para cometer um crime com quem, como inimigo, devia inspirar-lhe aversão e desconfiança. Como se vê, pois, a inimizade pode ser fonte de maiores enganos no testemunho do terceiro que no do acusado" (MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. II. Brasil: Conan Editora, 1995, p. 196/205).

interesse em depor para diminuir sua responsabilidade.¹² Assim, ao contrário da testemunha propriamente dita, não se trata de um terceiro equidistante, mas sim de um sujeito ativo da conduta delitativa, que, ao lado daqueles que serão delatados, praticou o fato delituoso e, agora, passa a contribuir com o Estado na investigação dos fatos.

Ademais, o colaborador em geral não narra os fatos por arrependimento ou remorso,¹³ mas sim por um critério utilitarista: um benefício processual ou material que lhe é proposto pelo Estado. Para sair da sua posição de defesa e renunciar ao exercício do direito ao silêncio, contribuindo com a atividade investigatória do Estado, ao colaborador são previstos benefícios que podem ser variados, chegando até mesmo ao perdão.¹⁴ Justamente em razão da concessão de benefícios, há sempre o risco de que o colaborador incrimine falsamente terceiros com o objetivo de se beneficiar a qualquer custo, havendo casos rumorosos no exterior neste sentido.¹⁵

Em vista destas particularidades, o legislador estabeleceu algumas salvaguardas (*safeguards*) e garantias, tendo sempre em mira evitar o risco de condenações de pessoas inocentes pelas palavras de alguma colaboração mendaz e, também, riscos à Administração da Justiça. Em outras palavras, para mitigar e minimizar os riscos de colaborações falsas – que prejudiquem pessoas inocentes ou a própria investigação estatal –, a legislação impõe certas garantias contra a mendacidade, que poderíamos chamar de “filtros”¹⁶ ou salvaguardas da colaboração.

4. DEVER DE DIZER A VERDADE

A primeira salvaguarda foi prever o delito de falsa colaboração. Embora o colaborador não seja uma testemunha propriamente dita – ao menos em rela-

12 MALATESTA, Nicola Framarino. A lógica das provas em matéria criminal..., p. 198.

13 O arrependimento interno não é um requisito para a colaboração, pois, além de não previsto em lei, seria impossível ao Estado confirmar as verdadeiras razões que levaram à colaboração. Ademais, conforme afirma Stefen Trott, na prática, apenas ocasionalmente que haverá arrependimento (TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha..., p. 80). O que é necessário – e como requisito implícito e verdadeiro pressuposto da colaboração – é que abandone as atividades ilícitas. Inclusive, é comum haver cláusulas nos acordos apontando para a sua rescisão caso comprovada a volta a delinquir.

14 Os benefícios estão previstos no art. 4º da Lei 12.850 e são os seguintes: perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos. Há ainda a previsão da concessão de imunidade. Há discussão se outros benefícios não previstos em lei poderiam ser concedidos.

15 Parte da doutrina afirma ainda que haveria sempre o risco de a colaboração ser uma forma de vingança, em que o agente buscaria prejudicar determinadas pessoas com sua colaboração. Embora isto seja verdadeiro, não é um motivo específico do colaborador e pode existir, da mesma forma, nas testemunhas. Justamente por isto, não deve ser considerada razão específica do menor valor atribuído às palavras do colaborador.

16 Mariano Cúneo Libarona usa a expressão “filtros de admissibilidade”. No entanto, para evitar confusão com o regime de admissibilidade das provas, evitou-se utilizar a expressão (LIBARONA, Mariano Cúneo. La declaracion del coimputado en el proceso penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 20).

ção aos fatos nos quais participou -, uma vez colocado na posição jurídica de colaborador, passa a ter ao menos um dever relativo de dizer a verdade, sob pena de praticar o crime previsto no art. 19 da Lei 12.850, que poderíamos chamar delito de falsa colaboração.¹⁷ O dever de dizer a verdade previsto na norma penal recai essencialmente sobre dois aspectos: imputar falsamente a prática de crime a pessoa que sabe inocente e, ainda, revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas. Nas duas situações, embora com pena menor que a do falso testemunho, busca-se criminalizar as condutas do colaborador que, conscientemente, imputa falsamente a prática de crime ou, por outro lado, visa confundir as investigações, prestando informações falsas sobre a estrutura da organização criminosa. No entanto, ao contrário da testemunha, não há crime no caso de omissão de fatos ou pessoas por parte do colaborador.

O dever de veracidade do colaborador é ainda reforçado nos acordos de colaboração firmados, prevendo cláusulas no sentido de que, caso se comprove que omitiu algum fato ou fez afirmação falsa, o acordo será rescindido, perdendo o colaborador o direito a qualquer benefício, sem prejuízo de suas declarações e as provas produzidas serem utilizadas contra si. Embora sem a tipificação da conduta como crime, ao menos se redobra o cuidado e se impõe ao colaborador um ônus maior em caso de mentira ou omissão de fatos ou pessoas.

Referido dever de dizer a verdade traz vantagens para todos os atores envolvidos e para a própria função jurisdicional. Inicialmente, fortalece a administração da Justiça, uma vez que assegura melhor a qualidade do material levado ao juízo, evitando-se que o colaborador apresente versões falsas, unicamente para obter benefícios processuais, sem qualquer risco em caso de mentir. Reforça, ainda, o senso de responsabilidade do colaborador, que irá sofrer consequências em caso de faltar com a verdade e impedirá que venha a juízo visando ganhar um benefício. Não se pode conceder ao colaborador a possibilidade de "arriscar" ganhar um benefício sem que qualquer consequência desfavorável lhe seja imposta, caso se verifique que mentiu. Da mesma forma, garantirá mais ainda o direito da defesa, pois, ao ser ouvido com o dever de dizer a verdade, diminuirá o risco de acusações falsas.

Interessante destacar que, em relação aos fatos dos quais não participou, o colaborador terá a qualidade de testemunha e, nesta qualidade, terá o dever mais amplo de dizer a verdade, sob pena de cometer o delito de falso testemunho. Voltaremos ao tema adiante.

¹⁷ "Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

5. CONTRADITÓRIO E DIREITO AO CONFRONTO

Outra garantia essencial para se evitar falsas colaborações é a garantia do contraditório em juízo, assegurando-se o direito ao confronto àqueles atingidos e incriminados pela colaboração. No âmbito internacional, isto deflui tanto da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao assegurar o direito de examinar testemunhas que declararem em seu desfavor, nos termos do art. 8.2.f^ª, como do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 14,3, alínea e.¹⁸ Nesta linha, a Corte Americana de Direitos Humanos – assim como sua congênera europeia – assegura o direito ao contraditório e de examinar aqueles que prestaram declarações em desfavor do acusado.²⁰

Da mesma forma, no âmbito interno. O art. 4º § 12, da Lei 12.850 asseverou: “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”. Assim, para que a prova produzida pelo colaborador tenha validade judicial”. Assim, para que a prova produzida pelo colaborador tenha validade para condenar eventuais corréus atingidos, deverá ser novamente realizada em juízo, em contraditório judicial, além de ser corroborada por outras provas. Os corréus atingidos pela colaboração devem ter direito de inquirir o colaborador em juízo, em razão do princípio do contraditório, sob pena de nulidade.²¹

Segundo a doutrina, o contraditório está inserido dentre as garantias essenciais de um processo justo. Expressa, em primeiro lugar, um valor político-ideológico, de participação. Em segundo lugar, em uma ótica sociológica, visa legitimar a decisão. Em uma visão técnica, o contraditório tem valor heurístico, pois é a melhor metodologia para apuração completa dos fatos, ampliando os horizontes de cognição judicial, assegurando que as partes colaborem no exercício da jurisdição.²² Nas palavras de PAULO TONINI, o contraditório é tido universalmente como

- 18 “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”
- 19 “Art. 14, 3, 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”
- 20 No âmbito da Corte Americana de Direitos Humanos, ver Caso Castillo Petruzzi vs. Peru, julgamento em 30 de maio de 1999 (mérito, reparação e custas). No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, ver Caso Barberà, Messegué e Jabardo, julgamento em 6 de dezembro de 1998, §78, e Caso Bönisch, julgamento em 6 de maio de 1985, §32.
- 21 Neste sentido, veja a seguinte decisão do STF: “Direito ao confronto. É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...)” (STF, AP 470-Agr/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Plenário, CASO MENSALÃO). Vide também HC 94016, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008.
- 22 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 34/36. O autor afirma, ainda, que o contraditório se aplica não apenas na ciência e participação ativa, mas também na atividade argumentativa, sobre questões de fato e de direito.

o método mais eficaz para se chegar à verdade no processo penal.²³ Segundo GIULIO UBERTIS, o valor heurístico do contraditório é reconhecido pela moderna epistemologia contemporânea, asseverando ser o método dialético a melhor forma até agora encontrada pelo homem para apuração dos fatos, permitindo que as partes apresentem conjuntamente ao juiz os dados probatórios, jurídicos e argumentativos, e garantindo que o magistrado possa adequadamente decidir.²⁴

No caso das declarações do colaborador, este valor heurístico é ainda reforçado. Ao examinar e questionar a colaborador, poderá a defesa técnica apontar contradições, expor omissões, lacunas, enfim, questionar a credibilidade das declarações do colaborador e demonstrar se está eventualmente mentindo. O colaborador deve se submeter a essa "prova de fogo", sendo certo que o contraditório é uma das melhores formas de se descobrir, se não a verdade, ao menos que o colaborador está mentindo ou omitindo parte dos fatos.

E este contraditório, inclusive, deve ser garantido e assegurado não apenas pelo magistrado, mas também pelo membro do MP, interessado que é apenas na condenação de pessoas culpadas e, sempre, na absolvição de inocentes. Claro que devem ser resguardados os direitos do colaborador, dentre eles o de ser tratado com urbanidade e o de ter sua imagem preservada, assim como o direito de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados (art. 5º da Lei 12.850). Justamente para tal fim, embora não se admita, majoritariamente, o testemunho anônimo,²⁵ é possível o chamado "depoimento oculto", em que a imagem do colaborador é preservada.²⁶

23 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 294.

24 UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 332.

25 O testemunho anônimo é aquele em que a parte não tem conhecimento dos dados qualificados do depoente. No caso da colaboração premiada, os atingidos pelo acordo possuem o direito de ter acesso ao acordo e, portanto, saberão quem foi o colaborador, pois esse assina o termo e terá seu nome identificado, ao menos após o recebimento da denúncia. Por sua vez, a Lei 12.850 busca assegurar a proteção da imagem e da intimidade do colaborador contra o público em geral, sobretudo para resguardá-lo da "pecha" de delator ou dedo duro. Deve o magistrado zelar para que o endereço e demais dados qualificativos do colaborador não sejam acessíveis aos acusados, visando preservá-lo, assim como sua imagem. Nesse sentido, é possível aplicar, por analogia, as disposições do Provimento CG 32/2000, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que os dados qualificativos e endereço da testemunha e da vítima sob ameaça não constarão dos depoimentos (constarão em impresso distinto, que ficará em poder da secretaria do Juízo e de acesso ao MP e aos defensores constituídos), nos termos do art. 3º, e o mandado de intimação também será emitido em separado, sem constar os nomes e dados qualificativos da testemunha ou vítima (art. 6º). Disponível em <http://arisp.files.wordpress.com/2011/06/cgj-provimento-32-2000.pdf>. Acesso em 24.02.2014. Esse provimento já foi considerado constitucional pelo STF.

26 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime Organizado: Aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 25. Para tanto, pode-se utilizar recursos como a videoconferência, em que o colaborador fica em uma sala (no mesmo ou em outro juízo) e os demais réus na sala de audiência. Referida previsão se encontra amparo na combinação do art. 217 do CPP com o art. 5º da Lei

Para que referido direito ao confronto possa ser exercitado de maneira efetiva, é condição que as declarações incriminadoras do colaborador, pertinentes com aqueles autos²⁷, tenham sido disponibilizadas para a defesa, desde o recebimento da denúncia²⁸, nos termos do art. 7º, §1º, da Lei 12.850 (caso a colaboração seja feita na fase de investigação) ou, em caso de colaboração processual (ou seja, feita no curso do processo), com antecedência prévia razoável à audiência. Caso não se assegure o contraditório, em princípio as palavras do colaborador não poderão ser valoradas pelo juiz, nos termos do art. 155 do CPP.²⁹

Portanto, o contraditório é um importante filtro para se admitir a prova do colaborador em juízo. Aqui não se está propriamente na valoração, mas em questão anterior, referente à legalidade de sua produção e introdução no processo.

O direito italiano previu interessante situação na qual o contraditório é mitigado. Segundo o art. 500, 4 do CPP italiano (introduzido pelo art. 16, 4, da Lei 63/2001), quando houver elementos concretos que indiquem que a testemunha foi submetida a violência, ameaça, oferecimento de promessa de dinheiro ou outro proveito, visando não testemunhar ou fazê-lo falsamente, as declarações serão incorporadas sem necessidade de contraditório. A preocupação com a autenticidade e credibilidade das testemunhas conduziu ao estabelecimento de regras rigorosas.³⁰ Em verdade, esta situação é desdobramento do art. 111,5 da Constituição Italiana, que permite que a lei mitigue o contraditório em caso de “comprovada conduta ilícita”.

12.850. Para evitar contato visual entre o colaborador e os outros corréus é possível inclusive se desfocar a imagem do colaborador ou, ainda, a utilização de tapumes ou até balaclavas ou outros instrumentos para proteger a imagem do colaborador. Para preservar a imagem do colaborador em face do público em geral, direito assegurado no art. 5º da Lei 12.850, pode-se evitar a gravação da imagem do colaborador (gravando-se apenas o áudio da audiência ou realizando-se termo escrito).

27 O que a lei garante não é acesso a todos os termos de depoimento prestados pelo colaborador, mas apenas aqueles pertinentes ao feito e aos fatos imputados - não o acesso universal a todos os depoimentos prestados. Neste sentido vem decidindo o STF (Inq 3983, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016) e o STJ (RHC 67.493/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016).

28 Em verdade, ideal é garantir já no oferecimento da denúncia cópia das declarações, para que a defesa possa analisá-lo antes do recebimento da denúncia.

29 Inclusive, o Tribunal Supremo Espanhol (Sentença de 3/3/2000, Jimenez Villarejo) entendeu que, em hipótese em que o arrependido se recusou a responder perguntas da defesa do acusado, não poderia o depoimento ser considerado prova. Citado por LIBARONA, Mariano Cúneo. La declaración del coimputado..., p. 114. A única exceção ficaria, nos termos da parte final do art. 155 do CPP, em relação à prova não repetível, caso, por exemplo, o colaborador venha a morrer antes de prestar seu depoimento em juízo, conforme será visto a seguir.

30 VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da. O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para seu combate. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Crime organizado. Aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009, p. 245.

É a situação chamada de contraditório inquinado, ou seja, há uma mitigação do princípio do contraditório em razão de uma comprovada conduta ilícita do agente, que, com sua conduta, epistemologicamente, leva a uma dúvida sobre o comportamento da fonte de prova. O legislador busca evitar, assim, que a atividade judicial de verificar os fatos não seja atingida pelo comportamento ilícito do qual a testemunha foi vítima, "neutralizando a fonte de prova com efeito por assim dizer retroativo".³¹ O contraditório inquinado permite que o juiz julgue levando em consideração a declaração anteriormente prestada pelo juiz julgue sem necessidade de observância do contraditório, em razão de uma pessoa, do imputado idônea a condicionar a serenidade da fonte de prova ou, ainda, a comprometer a regularidade do procedimento probatório, prejudicando, assim, a correta atuação do contraditório.³²

Ao menos em uma hipótese esta ideia poderia ser aplicada no ordenamento jurídico: quando em razão da conduta do agente incriminado, a prova se torna irrepetível. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente incriminado mata ou determina que alguém mate o colaborador para que este não venha a prestar depoimento em juízo em seu desfavor. O art. 155 do CPP assevera que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, *ressalvadas* as provas cautelares, *não repetíveis* e antecipadas. Veja, portanto, que a prova não repetível pode ser valorada mesmo que não produzida em contraditório. No caso de o agente ter voluntariamente praticado algum ato para transformar o depoimento em irrepetível pode-se pensar na aplicação do dispositivo, em especial com força na ideia de contraditório inquinado. Neste caso, em razão da própria conduta ilícita do imputado, mitiga-se o contraditório, pois foi ele o responsável pela impossibilidade de exercitar o contraditório em juízo, não podendo se beneficiar da própria torpeza. Esta postura está, inclusive, alinhada com a Recomendação R(97)13 do Comitê de Ministros do Conselho Europa.³³

31 GIULIO UBERTIS. Il contraddittorio nella formazione della prova penale..., p. 340.

32 GREVI, Vittorio. Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui. Diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte Costituzionale al progettato nuovo modello di "giusto processo"). In: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè Ed., 1999, p. 847.

33 Adotada em 10 de setembro de 1997 na 600 reunião do Comitê de Ministros e prevê diversas medidas para proteção de testemunhas e colaboradores da justiça ameaçados. Dentre as diversas medidas e recomendações para proteção está usar declarações prestadas na fase pré-judicial como prova sempre que não for possível que a testemunha apareça em juízo ou, ainda, quando isto significa grande perigo para a vida e segurança da testemunha e de pessoas próximas a ela ("III. 9. While ensuring that the defence has adequate opportunity to challenge the evidence given by a witness, the following measures should, inter alia, be considered: (...) using pre-trial statements given before a judicial authority as evidence in court when it is not possible for witnesses to appear before the court or when appearing in court might result in great and actual danger to the life and security of witnesses, their relatives or other persons close to them")

6. OITIVA DO COLABORADOR EM JUÍZO. TESTEMUNHA OU INFORMANTE. MOMENTO

Em que qualidade o colaborador será ouvido em juízo? A doutrina nacional não se debruçou sobre o tema com maior profundidade.

Na Itália, faz-se interessante distinção, a depender da relação do declarante com o fato objeto do julgamento e com diferentes consequências. Há, inicialmente, a figura do "indagado-imputado" (art. 208 do CPP italiano), quando narra fatos próprios ou em coautoria/participação, ou seja, depõe sobre fatos para os quais concorreu. É o que PAOLO TONINI chama de "imputado concorrente".³⁴ Neste caso, tem praticamente as mesmas garantias do imputado principal e se aplica seja no caso de estar sendo processado naqueles autos ou em autos separados.³⁵ Há, ainda, a "indagado-imputado de um delito conexo ou vinculado" (hipótese prevista no art. 210 do CPP italiano). Neste caso, o agente não praticou o fato principal, mas sim outro em conexão teleológica – ou seja, um delito é praticado visando a prática de outro.³⁶ O regime se aplica esteja ou não sendo processado naqueles autos.³⁷ Mesmo que não esteja sendo processado naqueles autos, o "indagado-imputado de delito conexo" não tem o dever de dizer a verdade. Por sua vez, há a figura da testemunha assistida (disciplinada nos artigos 197bis e 362 do CPP italiano), que ocorre quando o declarante assume a função de testemunha de fatos que dizem respeito à responsabilidade de outros. Segundo o art. 64, 3, c, do CPP italiano, o imputado deve ser advertido de que, se prestar declarações sobre a responsabilidade de outro, assumirá a qualidade de testemunha, limitadamente a tais fatos. É uma forma de testemunho caracterizada por algumas particularidades referentes ao direito de assistência por advogado e no tocante às garantias contra o privilégio contra a autoincriminação.³⁸ Em especial, não pode depor sobre fatos referentes à própria responsabilidade pelo delito que está sendo ou foi processado (art. 197-bis, 2). Por fim, poderá assumir a condição de testemunha, se depõe sobre fato que não se vincula a qualquer delito cometido por ele, a não ser em virtude de ambos derivarem da mesma fonte.³⁹

34 TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale..., p. 300.

35 TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale..., p. 300. Paolo Tonini lembra, neste sentido, decisões da Corte Constitucional italiana (sentenças n. 361 de 1998 e n. 197, de 2009).

36 Por exemplo, A e B furtam um veículo e C o utiliza para roubar. Enquadram-se no conceito em análise eventuais declarações incriminatórias de A e B em relação ao fato de C e vice-versa.

37 Embora o CPP italiano faça menção apenas à hipótese de estar sendo processado em procedimento separado no art. 210, com a sentença n. 361 de 1998, a Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, quando não previa a mesmo regime para a hipótese de estar sendo processado no mesmo feito, pois a diferença é meramente processual. Essa postura foi reafirmada na sentença n. 197 de 2009. TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale..., p. 300.

38 TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale..., p. 302.

39 VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da. O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para seu combate..., p. 244/245

Verifica-se, assim, que, tendo em consideração a participação nos fatos, há uma graduação crescente – chamada pela Corte Constitucional Italiana de “princípio da graduação” – que vai crescendo desde o imputado (que participou dos fatos, direta ou indiretamente) até a testemunha (que não tem relação com os fatos imputados). Segundo a Corte Constitucional, esta graduação se baseia nos diversos “graus de relação” entre o declarante e o fato objeto do procedimento no qual é chamado a depor, que parte de uma condição de absoluta indiferença própria da testemunha ordinária e chega até o total envolvimento próprio do processo conexo (sem obrigação de dizer a verdade penalmente sancionada) ou como testemunha assistida (com obrigação de dizer a verdade sobre fato de terceiro já declarado), a depender da ligação que tiver entre seu procedimento e aquele no qual é chamado a depor e, ainda, com base no objeto das declarações precedentes.⁴¹

Nem sempre é fácil a distinção entre fato próprio, fato alheio e fato próprio cometido em concurso de agentes, havendo situações bastante nebulosas na prática, em especial antes de serem colhidas as declarações. Conforme afirma PAOLO TONINI, é o juiz, na análise de cada caso concreto, que irá individualizar a linha de discrimen entre as situações, em especial por ser uma distinção muitas vezes elástica, baseada em critérios abertos, como por exemplo “fato concernente à responsabilidade de outro, o que faz com que a diferença, na prática, não seja muito clara.”⁴²

Possível aplicar algumas ideias ao nosso ordenamento jurídico, para se buscar separar situações diferentes e aprimorar a análise jurídica, inclusive com diferentes consequências.

Ao se firmar acordos de colaboração premiada, com frequência o colaborador narra fatos nos quais participou diretamente, fatos conexos nos quais não participou diretamente, mas que são vinculados e, ainda, fatos totalmente alheios, nos quais não teve nenhuma participação. Por exemplo, um colaborador que é doleiro pode narrar fatos nos quais atuou diretamente, como a lava-

⁴⁰ Corte Constitucional Italiana, sentença 381, de 21 de novembro de 2006. Nesta decisão, a Corte Constitucional entendeu que um imputado que foi posteriormente absolvido, por sentença transitada em julgada, por não ter praticado o fato delitivo, poderia ser ouvido como testemunha. Também tratando do tema do princípio da graduação, ver sentença 265, de 2 de julho de 2004, também da Corte Constitucional. Segundo a decisão, o legislador estabeleceu uma estratégia clara ao “enucleare una serie di figure di dichiaranti nel processo penale in base ai diversi ‘stati di relazione’ rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma ‘estrema’ di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato.

⁴¹ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 318.

⁴² TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 303.

gem de dinheiro que praticou para agentes públicos, mas também fatos narrar fatos que presenciou apenas pelo contato que desenvolveu com o agente ou, ainda, pelo fato de ter ouvido comentários de terceiros⁴³ (como, por exemplo, que este agente era responsável por traficar mulheres, sem que o doleiro tenha tido qualquer participação neste fato ou na lavagem dos valores provenientes de tal crime).

Assim, necessário separar as situações, com seus coloridos próprios.

Primeiro, segundo o atual regime, deve-se evitar a utilização do termo informante para qualificar o colaborador. Este termo deve ser utilizado para aquele que presta declarações sem o compromisso de dizer a verdade, em razão de vínculo familiar ou em razão de possível comprometimento cognitivo (decorrente de idade ou de doença). Nesta linha, segundo o nosso ordenamento, o informante é aquele que se enquadra em uma das hipóteses em que não se presta compromisso, nos termos do art. 208 c.c. art. 206, ambos do CPP.⁴⁴ Conforme visto, o colaborador, desde a edição da Lei 12.850, tem o dever de dizer a verdade e pode cometer crime ao menos de falsa colaboração. Assim sendo, não se pode equipará-lo, sob este enfoque, ao mero informante.⁴⁵

43 O depoimento de ouvir dizer não é vedado no Brasil, embora possua menor valor probatório.

44 Dispõe o art. 208: "Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206". O art. 206, por sua vez, assevera: "A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias".

45 Há decisão do STF, anterior à Lei 12.850, entendendo que o colaborador não denunciado deveria ser ouvido na qualidade de informante - e não de testemunha. Veja: "EMENTA: AÇÃO PENAL. TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM. CO-RÉUS COLABORADORES. DENÚNCIA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL CONTRA OS RÉUS NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO ORIGINÁRIO. INCONVENIÊNCIA DA REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO. MANUTENÇÃO DO FEITO NO JUÍZO DE ORIGEM. ARROLAMENTO DOS CO-RÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DOS DEPOIMENTOS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. VIABILIDADE. RESPEITO AOS DITAMES LEGAIS E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA AFASTAR A QUALIDADE DE TESTEMUNHAS E MANTER A OITIVA DOS CO-RÉUS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. (...) 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como prevêm os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes. (AP-QO3 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009, Tribunal Pleno). Neste caso, apurado no bojo do intitulado "Caso Mensalão", a questão objeto da decisão envolvia Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista, que,

Necessário fazer outra precisão. Conforme dito, o colaborador pode narrar fatos próprios ou de terceiros. Se for colaborar em relação a fato de terceiro, no qual não teve nenhuma participação, deve ser ouvido como testemunha, com o compromisso de dizer a verdade e com todas as consequências daí decorrentes (inclusive o de cometer o delito de falso testemunho em caso de omissão de fatos ou pessoas relevantes). Isto porque, se em relação àquele fato o agente de clara não ter qualquer participação, não há sentido em ouvi-lo como informante ou como colaborador-imputado se é terceiro e estranho à sua ocorrência, não é suspeito ou acusado da prática de um delito e não se trata de um ato contrário aos seus interesses.⁴⁶ Tampouco o fato de ter firmado acordo com a Justiça lhe retira a essência de seu depoimento, ou seja, declarações sobre fato de terceiro, que captou com os sentidos e dos quais não participou. Enfim, testemunha. Assim, se o colaborador narrar fatos nos quais participou, direta ou indiretamente (fatos em conexão teleológica ou consequencial), deve ser ouvido como colaborador-imputado. Ao contrário, se tratar de fatos alheios, nos quais não teve envolvimento, deve ser ouvido como colaboradora-testemunha.

Neste sentido, houve recente decisão do TRF da 4ª Região,⁴⁸ corroborada pelo STJ. Este último afirmou que “não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira

nada obstante tenham sido indicados na denúncia como envolvidos no fato pertinente ao Partido Liberal, foram arrolados como testemunhas da acusação pelo PGR, em razão de acordo de delação premiada formalizado. Posteriormente, porém, ambos foram denunciados em primeira instância, razão pela qual a defesa de um dos réus pediu que não fossem ouvidos nos autos, em razão do envolvimento. O STF, então, entendeu possível a oitiva deles, porém, na qualidade de informantes, e não de testemunhas. Verifica-se, assim, que pelo entendimento do STF o colaborador, se for autor do fato, deveria ser ouvido na qualidade de informante e não de testemunha. No mesmo sentido, veja as seguintes decisões do STF: HC 89671, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/11/2006, e HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004.

- 46 A confissão, conforme lembra Guilherme Nucci, não deixa de ser um testemunho, ou seja, uma declaração acerca de algo que viu, ouviu, conheceu, captada através dos órgãos sensitivos. Mas, no caso, a característica marcante é que é um testemunho contrário aos interesses de quem fornece e, especificamente, voltado para o reconhecimento da prática delitiva daquele que é suspeito ou acusado de uma prática delitiva. É um testemunho prestado, no entanto, pelo próprio acusado, maior interessado no deslinde da causa (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 77/81). O próprio autor, mais à frente, afirma que somente é delação se o interrogado, além de atribuir a outrem a prática do crime, também confessa a autoria. “Se negar, imputando-a a terceiro, não se trata de delação, mas de mero testemunho (Idem, p. 208)
- 47 Na mesma linha, Renato Brasileiro afirma que “quando arrolado como testemunha de acusação em um processo em que não figure como acusado, o delator não está protegido pelo direito ao silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha, desde que das respostas não produza prova contra si mesmo” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Ed. Juspodivm, 4ª edição, p. 541)
- 48 “Não há impedimento a que réu em outra ação penal sirva como testemunha do juízo, quando os delitos imputados as partes não guardam correlação entre si” (TRF 4ª Região, v.u, HC n. 5036273-16.2015.4.04.0000/PR).

garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração. (...) Por razão semelhante, se o sistema processual penal, como regra geral, não admite a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, não há que se falar em qualquer ilegalidade quanto ao depoimento de Carlos Alexandre de Souza Rocha, porquanto, ainda que não seja colaborador, foi denunciado em processo diverso, sob outro contexto, o que permite sua oitiva como testemunha nos autos da ação penal em questão”.⁴⁹ Nesse caso, portanto, o STJ entendeu plenamente válido que colaborador não imputado e que não tenha participação nos fatos narrados na denúncia fosse ouvido como testemunha, como ocorreu na espécie.

A questão, portanto, deve ser analisada em relação a qual o grau de *terzeità* do colaborador em face dos fatos imputados, tendo em vista o “princípio da graduação”, desenvolvido pela Corte Constitucional italiana. Em outras palavras, dependerá da posição do declarante em relação aos fatos: se for completo estranho aos fatos ou se está ligado de alguma forma, seja em coautoria ou participação ou, ainda, por ter praticado fato conexo material ou teleologicamente. No primeiro caso – completo estranho – a disciplina, em princípio, deve ser a da prova testemunhal: não pode exercer o direito ao silêncio – pois não é imputado, mas sim testemunha – e se mentir ou omitir cometerá o delito de falso testemunho.⁵⁰ Questão interessante, que será analisada à frente, é se a regra de corroboração é ou não aplicável ao colaborador como testemunha.⁵¹ Ao contrário, se vinculado ao fato, seja diretamente ou fato conexo (materialmente), aplicam-se as normas do colaborador em sua inteireza, sendo necessário sempre estar acompanhado de advogado, não respondendo por falso testemunho e sendo necessária a corroboração por elementos externos.⁵² Na dúvida, especialmente em situações tênues, deve-se dar preponderância ao regime do colaborador.

Por outro lado, no processo em que está sendo imputado, o colaborador não pode ser ouvido como se fosse testemunha. Embora incrimine os demais corréus, não se equipara a testemunha, quando narra fatos nos quais participou ou com os quais haja vínculo de conexão material⁵³.

⁴⁹ STJ, RHC 67.493/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016.

⁵⁰ Sobre o dever de estar acompanhado com advogado, há, ao que parece, distinção com a testemunha, pois pelo fato de ser colaborador, a lei lhe outorga o direito de estar sempre acompanhado de defensor.

⁵¹ Ver item 9.3.

⁵² Fazendo a distinção entre testemunha assistida – que tem relação com o fato e narra fatos de terceiros – e a testemunha comum, ver Sentença n. 265 de 2004, da Corte Constitucional italiana.

⁵³ Neste sentido, já sob a égide da nova Lei, decidiu o STJ: “O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade

Outra hipótese que deve ser analisada é referente ao colaborador que possui vínculo de parentesco dentre aqueles tratados no art. 206 do CPP com eventuais delatados. Assim, pode o colaborador eximir-se de depor se o incriminado é seu pai, esposa ou filho? Depende exatamente de sua condição. Naqueles fatos em que o colaborador é testemunha, pode se recusar a testemunhar, nos mesmos moldes que uma testemunha poderia. Seria, neste caso sim, colaborador-informante. No entanto, em relação aos fatos nos quais se envolveu e participou, não pode se omitir no dever de dizer a verdade, aplicando-se o regime jurídico do colaborador-imputado, sob pena de não obter os benefícios previstos e de ser rescindido seu acordo. Realmente, além de a Lei 12.850 não fazer qualquer distinção, deve-se destacar que no regime de colaboração, o imputado voluntariamente se dispõe a narrar todos os fatos que praticou ilícitamente. Se ocultar a participação de seus familiares, além de narrar uma versão factiva parcial, seria um estímulo a organizações criminosas familiares. Em outras palavras, embora não possa ser obrigado a narrar fatos relativos aos familiares, se não o fizer, os benefícios penais e processuais não lhe serão garantidos. Em síntese, não pode esquivar sua omissão no art. 206 do CPP, sob pena de não obter os benefícios acordados.

Assim, podemos ter as seguintes figuras: (i) imputado-colaborador (autor ou partícipe da conduta, juntamente com o delatado). Se for ouvido no mesmo ou em outro processo, será ouvido como imputado-colaborador.⁵⁴ É o que a doutrina italiana chama de "imputado concorrente"; (ii) "indagado imputado de delito conexo": é o imputado que praticou fato conexo (conexão teleológica ou consequencial). Neste caso, também, o regime jurídico é o mesmo do imputado-colaborador, pois a proximidade com os fatos é nítida; (iii) colaborador-testemunha: deve ser ouvido como testemunha, em relação aos fatos dos quais não teve qualquer envolvimento e no qual não lhe foi imputada participação;⁵⁵ (iv)

entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal" (STJ, RHC 67.493/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016)

- 54 Imputado aqui entendido em sentido amplo ou material. Conforme leciona Scarance Fernandes, em acepção restrita, imputação ocorre quando há acusação formal. Porém, antes disso já pode haver juízo idêntico, pelo qual se atribui a prática de uma infração penal a determinada pessoa, sem estar vinculada a um ato determinado. Referido juízo pode existir desde a investigação, sujeitando o investigado a restrições muitas vezes graves como a prisão. Normalmente esse juízo se expressa por um ato determinado (indiciamento, denúncia, determinação da prisão cautelar), mas pode vir a defluir da própria forma de tratamento dispensado pelas autoridades. Segundo referido autor, não há sentido em limitar a imputação à fase processual, sendo importante que já se assegure ao investigado o direito de exercer defesa, com direitos e deveres, já na investigação. Desta forma, propõe adotar um conceito amplo de imputação, que ocorre quando a autoridade autorizada por lei atribui o fato delituoso a alguém. (FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 102/113).
- 55 Na Espanha, como a Lei processual penal não traz disciplina a respeito, o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo, assim como a doutrina, entendem que é uma declaração testemunhal: o testemunho do coimputado (inclusive desprovido do conceito de impróprio). LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 151/153.

colaborador-informante: deve ser ouvido como informante, sem prestar compromisso de dizer a verdade, caso seja estranho aos fatos e se enquadre nas situações dos artigos 208 c.c. 206, do CPP. Somente o magistrado poderá analisar, no caso concreto, o regime jurídico que deve ser aplicado, em especial naquelas situações nebulosas.

De qualquer sorte, seja como testemunha, como corréu ou informante, os corréus atingidos devem ter direito de inquirir o colaborador, em razão do princípio do contraditório, sob pena de nulidade.⁵⁶ Quando o réu for colaborador (imputado-colaborador), em princípio não parece haver motivo para impedir que os outros imputados presenciem seu interrogatório, podendo o magistrado mitigar a regra de que os interrogatórios serão feitos em separado, prevista no art. 191 do CPP⁵⁷. No entanto, não há previsão expressa nesse sentido, de sorte que, em princípio, não haverá nulidade se o ato de interrogatório for acompanhado apenas pelo defensor do incriminado.

Sobre o momento da oitiva do colaborador no processo, vale destacar que, se estiver incluído em programa de proteção, nos termos do art. 15 da Lei 9807/99, a sua oitiva deverá ser feita antecipadamente, conforme art. 19-A da mesma lei,⁵⁸ observando-se, também neste caso, o contraditório. Caso não haja oitiva antecipada, o colaborador será ouvido no momento do interrogatório – se estiver sendo ouvido como imputado, sendo recomendável que seja o primeiro a ser ouvido – ou dentre as testemunhas de acusação, em caso contrário.

7. VALORAÇÃO DAS PALAVRAS DO COLABORADOR

Há uma tendência internacional em se conferir valor às palavras do colaborador, embora com algumas ressalvas. Nesta linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já reconheceu a validade e a importância da utilização das palavras do colaborador, embora tenha destacado problemas (vingança, manipulação, apenas para obter benefícios, etc.). Concluiu que as declarações de um arrependido devem ser corroboradas por outros elementos de prova e confirmados por fatos objetivos.⁵⁹

56 STF, AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Plenário]

57 “Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente”.

58 “Art. 19-A. (...) Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal” (Incluído pela Lei nº 12.483, de 2011).

59 Ver, dentre outros, os precedentes *Contrata vs. Itália* (sentença n. 38 de 24/08/1998), *Craxi vs. Itália* (sentença de 5/12/2002) e *Labita vs. Itália* (sentença n. 120, de 6/4/2000). Neste último caso, o Senhor Labita Benedetto Labita foi preso sob acusação de integrar a máfia. A acusação e a prisão de Labita foram feitas com base em um depoimento prestado por um arrependido identificado como B.F., que

Na mesma linha, a jurisprudência italiana – primeiro país a regular as declarações inculpatórias, tanto no direito penal quanto processual – desenvolveu jurisprudência no sentido de que a colaboração premiada deve passar por análise em dois aspectos. Neste sentido, afirma-se que a colaboração possui valor probatório se: (i) for intrinsecamente confiável (colaboração “desnuda”); (ii) se for extrinsecamente confirmada (a colaboração “vestida”).⁶⁰ São dois juízos sucessivos e relativamente autônomos.

No primeiro caso – análise intrínseca – verifica-se o depoimento em si, assim como a pessoa do colaborador, ainda sem se preocupar com os aspectos de corroboração. Na síntese de GUSTAVO BADARÓ, inclui a análise “de quem fala” e “que coisa disse”.⁶¹ Preocupa-se, portanto, com a pessoa do imputado, sua conduta processual, existência ou não de motivos para acusar falsamente, a espontaneidade, a reiteração, a constância, a coerência das manifestações, etc. No aspecto extrínseco, a colaboração “vestida”, demonstra-se preocupação com a corroboração da palavra do colaborador com outros dados ou elementos de prova, ou seja, foca-se em eventual confirmação das declarações do colaborador com provas, elementos ou dados objetivos e externos que deem verossimilhança ao que foi dito pelo colaborador. Justamente para ver se existem estes elementos de prova que irão “vestir” aquelas palavras internamente já analisadas. Em síntese, no aspecto intrínseco, o enfoque será à credibilidade e confiabilidade à versão apresentada pelo colaborador, ontologicamente, sem qualquer preocupação, neste momento, com a questão da corroboração. No aspecto extrínseco, verificar-se-á se a palavra do colaborador possui ou não elementos de corroboração para corroborá-la.

Portanto, o magistrado, ao analisar na sentença o valor do depoimento do colaborador, deve fazer dois juízos sucessivos e relativamente autônomos. Vejamos separadamente.

também era membro da organização mafiosa. A informação de B.F sobre Labita foi obtida de uma pessoa identificada como G.D., que foi morto pela máfia em 1989, e que, por sua vez, recebeu a informação de uma outra pessoa morta pela máfia, identificado como F.M. B.F. identificou por foto Labita e indicou a participação dele na organização (que Labita era cunhado do chefe da máfia e era responsável por gerenciar uma discoteca, junto com outro membro da máfia). Comprovou-se que Labita realmente trabalhou na empresa. Na investigação, outros colaboradores negaram conhecer Labita. A alegação de Labita era de que fora preso apenas com base na palavra do colaborador, sem qualquer corroboração fática. Ao final, Labita foi absolvido, após ter ficado preso entre 21 de abril de 1992 até 12 de novembro de 1994. A Corte decidiu que não havia suspeitas fundadas para a manutenção da prisão, pois não havia fatos ou informações que satisfariam um observador objetivo e imparcial de que a pessoa praticou um delito.

60 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 72. Segundo este autor, a Corte de Cassação italiana unificou e desenvolveu referida análise, falando em verificação intrínseca e extrínseca, no caso “Constantino e outro” de 21.04.1995. Tratava-se, no caso, da decretação de prisão preventiva com base em declarações de coimputado.

61 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

8. ASPECTOS INTRÍNSECO DA COLABORAÇÃO

A normativa italiana – assim como a brasileira – não exige explicitamente que a colaboração seja analisada internamente. Apenas assevera que deve haver corroboração por outros elementos de prova – ou seja, elementos externos ou extrínsecos. No entanto, a jurisprudência italiana desenvolveu a seguinte consequência interpretativa: se se exige o mais (que é a corroboração extrínseca), deve-se dar o menos (ou seja, a análise interna). Assim, objeto da primeira verificação deve ser a credibilidade do declarante e de suas declarações incriminatórias.⁶²

No tocante aos aspectos intrínsecos da colaboração – a colaboração “desnuda” –, a avaliação recai sobre a pessoa do colaborador e, ainda, sobre o conteúdo de suas declarações, apurando o seu valor em relação aos aspectos internos, seja do colaborador, seja da colaboração propriamente dita. São os requisitos intrínsecos da colaboração, que podem ser analisados tanto no plano subjetivo (em relação ao declarante), quanto objetivo (em relação ao conteúdo da declaração).⁶³

Segundo este enfoque, analisa-se a personalidade do imputado, conduta processual, aparente inexistência de motivos para acusar falsamente, precisão, a espontaneidade, a reiteração, a constância, a coerência lógica das manifestações e os motivos que levaram a implicar terceiros. Conforme afirma com razão GUSTAVO BADARÓ, sobre “quem” está falando e “o que” está falando.⁶⁴ É um importante filtro a que deve ser submetida a valoração do depoimento do colaborador, para verificar se as palavras do colaborador trazem segurança e certeza necessárias para demonstrar sua verossimilhança do que foi dito e a confiabilidade e credibilidade do colaborador.⁶⁵ Em síntese, deve-se analisar se é precisa, coerente em si mesma, constante, espontânea e, ainda, avaliar a “gênese remota e próxima da decisão de confessar”.⁶⁶

Nesta linha, o primeiro aspecto – “quem está falando” – deve ser bem compreendido. Ao se avaliar a pessoa do colaborador, não se pode focar nos antece-

62 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 306.

63 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada...

64 É o que Malatesta chamava de critérios gerais de valoração da prova testemunhal, em relação ao sujeito e conteúdo do testemunho. O autor ainda mencionava o critério da forma. MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal...*, p. 42-93.

65 LIBARONA, Mariano Cúneo. La declaración del coimputado..., p. 182. Guilherme Nucci assevera que “analisar a veracidade ou falsidade de uma delação é tarefa tão delicada quanto verificar o conteúdo de verdade do depoimento de uma testemunha”, ainda mais quando o acusado recebe benefícios legais, hipótese em que se torna ainda mais suspeita (NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão..., p. 213.)

66 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 306.

denes criminais do agente. Isto porque a colaboração premiada, pela sua própria essência e finalidade, é firmada com agentes que possuem longa atividade delitativa e integram organizações criminosas por longos anos. Como afirma o Magistrado STEPHEN TROTT, crimes não são cometidos no céu e, por isto, nem sempre anos serão testemunhas.⁶⁷ Portanto, além de não ser impeditivo para a realização de colaboração premiada que o réu tenha envolvimento progressivo com o crime,⁶⁸ os antecedentes genéricos do agente não podem ser utilizados pelo magistrado para retirar valor à palavra do colaborador. O que o magistrado deve valorar são eventuais antecedentes do agente no tocante a outros testemunhos já prestados ou questões que possuem alguma pertinência temática com o objeto do feito (se já mentiu anteriormente, por exemplo).

Ao se valorar a palavra do colaborador em seu aspecto intrínseco – ou seja, o conteúdo da colaboração (*o que falou*) –, a preocupação deve ser com a verossimilhança e plausibilidade do que o colaborador declarou, assim como com a coerência, univocidade e espontaneidade do depoimento.

Alguns fatores são relevantes nesta análise. Deve ser analisado se o colaborador está declarando o fato por conhecimento próprio ou por ouvir dizer. Ademais, a constância da versão apresentada e a ausência de modificações dos depoimentos, no tocante aos aspectos essenciais, ao longo do tempo, também é relevante. Deve-se analisar se desde a investigação e em juízo apresentou a mesma versão, no tocante aos aspectos essenciais, ou se, ao contrário, declarou versões cambiantes e inseguras.

Outro aspecto a ser considerado é a espontaneidade, ou seja, a fluidez com que o colaborador declara os fatos, sem que tenha que haver maiores questionamentos ou induzimentos⁶⁹ por parte das autoridades da persecução. Deve o magistrado verificar se o colaborador somente falou quando questionado ou se falou espontaneamente, com fluidez, narrando toda a versão dos fatos de ma-

⁶⁷ TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha...

⁶⁸ Neste sentido, decidiu o STF recentemente, no HC 127483, Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. em 27 de agosto de 2015. Afirmou-se: "A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13)"

⁶⁹ Indução não se confunde com o processo de rememoração. Durante a oitiva há um processo de reconstrução dos fatos ocorridos, muitas vezes, há anos. Para tanto, há diversas técnicas que auxiliam neste processo de evocar a memória, visando realçar a lembrança, tais como a contextualização da situação (*setting the scene*), em que se busca reconstruir, de maneira mais próxima possível, as mesmas condições que existiam no momento dos fatos, visando facilitar a rememoração (CFIS – Centre For Investigative Skills. Practical Guide to Investigative Interviewing. London: NSLEC. 2004, p. 31). Em outras palavras, na oitiva, deve-se "esforçar em restabelecer o ambiente, a atmosfera, o cenário e as experiências pedindo à testemunha que reviva mentalmente os eventos que ocorreram antes, durante e depois do crime" (Academia Nacional de Polícia. Técnicas de Entrevista e Interrogatório. 5ª ed. Brasília, 2009, p. 35)

neira espontânea e contínua. Da mesma forma, a integralidade da versão apresentada é importante. Por vezes, o colaborador apenas declara parte do fato e, posteriormente, outra parte dos fatos, o que pode indicar que estava ou está ocultando os fatos.

Na mesma linha, a riqueza de detalhes ao longo de todo o depoimento ou a sua maior generalidade também devem ser consideradas. Uma declaração completa é aquela que traz fatos concretos, dados precisos, aponta nomes, lugares, pessoas, informando a participação de cada um nos fatos. É, em poucas palavras, uma declaração ampla, detalhada e pormenorizada,⁷⁰ que traz detalhes que somente um interveniente nos fatos poderia trazer. Sobre este ponto, alguns esclarecimentos são necessários. É bastante comum que colaboradores se equivoquem em relação a aspectos não essenciais e acidentais do depoimento, sobretudo quando estiver narrando fatos ocorridos há anos. Ao contrário do que se poderia imaginar, isto não deve retirar valor do depoimento por si só, mas reforçar, em princípio, a veracidade de seu conteúdo ou ao menos a ausência de mendacidade. É claro que se está referindo a aspectos não essenciais do *thema probandum*. Mas em relação a estes dados laterais, eventuais falhas indicam que não se trata de uma versão criada e fictícia, mas sim de uma reconstrução humana da realidade – e, portanto, passível de equívocos. A memória, ao contrário do que se pode imaginar, não é uma câmara de gravação, linear e contínua,⁷¹ mas se parece mais com um caderno de anotações. Eventuais falhas e equívocos sobre aspectos acidentais da descrição dos fatos são naturais e, inclusive, esperados. E, por isto, não retiram o valor do depoimento. Há, inclusive, diversas decisões judiciais que reconhecem isto.⁷² No entanto, se houver equívocos em relação a pontos essenciais e relevantes, deve o magistrado conferir menor valor à prova.

Importante, ainda, na avaliação do valor intrínseco do depoimento, é apurar os motivos pelos quais o agente colaborou, em especial razões de desavença anteriores, o fato de serem inimigos, se há algum desejo de vingança, etc. Neste

70 LIBARONA, Mariano Cúneo. La declaración del coimputado..., p. 179

71 CFIS – Centre For Investigative Skills. Practical Guide to Investigative Interviewing..., p. 31

72 Veja: "(...) Pequenas divergências nos testemunhos, como, por exemplo, descrições físicas dos autores do fato delituoso, não dá a impressão de falta de fidelidade ou veracidade, isso por ser sabido e, mesmo, consabido que as pessoas são diferentes na forma de agir, captar situações, armazená-las na memória e, finalmente, reproduzi-las com riqueza de detalhes, levando inclusive em consideração o decurso de tempo entre a data do fato e a do momento em que as testemunhas foram convidadas a reproduzi-lo (...)" (ACR 00026885520064036126, JUIZ CONVOCADO ADENIR SILVA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2011). No mesmo sentido: "(...) Pequenas divergências ocasionadas pelo decurso do tempo entre os fatos e seus depoimentos não podem ser determinantes para desconsiderar o que foi dito pela testemunha (ACR 00059559020004036111, JUÍZA CONVOCADA MÁRCIA DE OLIVEIRA, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJU DATA:02/02/2007) Na mesma linha: ACR 200103990561450, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJU DATA:08/10/2002.

sentido, conforme leciona o Tribunal Supremo Espanhol, deve-se analisar com especial cuidado as motivações que levaram o coimputado a delatar outros, em especial a existência de motivos espúrios – como ódio pessoal⁷³ ou razões de autoexculpação.

Outro ponto importante que o magistrado deve valorar é se o colaborador trouxe dados ou detalhes que apenas um protagonista dos fatos poderia conhecer, em especial quando desconhecidos anteriormente. Este é sintoma importante da veracidade do depoimento.

Necessário destacar que o simples fato de o colaborador ter direito a um benefício não pode ser, por si só, motivo para conferir menor valor ao seu depoimento. Isto porque o legislador já estabeleceu os requisitos necessários para que a palavra do colaborador possa levar à condenação, fixando limites negativos em lei à livre valoração do seu depoimento, em especial a regra da corroboração. Se o juiz vier a desvalorar negativamente as palavras do colaborador pelo fato de ter ganho um benefício – o que é inerente ao instituto da colaboração premiada e ocorre em todo caso – estará fazendo uma segunda desvalorização negativa (pois a primeira já foi feita pelo legislador, ao prever os mencionados limites negativos), em uma espécie de *bis in idem* às avessas, o que não pode ser admitido. Conforme afirma GUSTAVO BADARÓ, “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”. Deve analisar é o “desinteresse do colaborador”, ou seja, ausência de inimizade, animosidade, ódio, etc.⁷⁴

Ademais, outro elemento que não deve ser considerado pelo magistrado é o fato de o colaborador estar ou não preso quando fez o acordo ou prestou suas declarações. É inequívoco que as medidas cautelares não podem ser utilizadas como instrumento para a obtenção de confissões ou visando uma instrumentalização confissória da cautela,⁷⁵ sob pena de afrontar a liberdade de declaração

73 Sentença de 12/05/1986.

74 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

75 GREVI, Vittorio. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giruffrè, 1998, p. 1132/1133. Segundo o autor, nenhuma medida cautelar poderá vir disposta ou mantida com o escopo de conseguir ou de solicitar a confissão do imputado contra a sua vontade, especialmente em um sistema acusatório, no qual a posição do agente que fica em silêncio não autoriza que a autoridade que investiga se utiliza de meios coativos para que o agente colabore. Neste sentido, inclusive, é claro o art. 274, letra a, do CPP italiano. Conforme afirmou o Ministro Teori Zavascki, “seria extrema arbitrariedade (...) manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a lei, deve ser voluntária”. (...) Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada” (HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015). Na mesma linha, asseverou o Ministro Dias Toffoli, no voto proferido no HC 127483 (Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. em 27 de agosto de 2015): “Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação

do arguido em seu sentido negativo⁷⁶. Caso se demonstre que a prisão foi utilizada para tal fim, haverá inadmissibilidade da colaboração como um todo, por ausência de voluntariedade (requisito necessário da colaboração). Neste caso, as palavras do colaborador não serão admissíveis e o meio de obtenção de prova e as provas obtidas a partir deste serão ilícitas. No entanto, se o colaborador, mesmo preso, colabora voluntariamente, plenamente informado das consequências de seu ato e sem qualquer coação psíquica,⁷⁷ a prova é admissível e o fato de estar preso não pode ser utilizado para conferir menor valor à prova. Assim, são campos distintos: o da admissibilidade e o da valoração. Se houver coação (inclusive mediante o uso da prisão cautelar para pressionar a colaborar), não se supera o filtro da admissibilidade, de sorte que a prova não deve ser aceita. Superado este filtro e admissível a prova obtida, não há razão para reduzir valor ao depoimento pelo simples e único fato de o colaborador estar preso. Seria uma *capitus diminutio* inadmissível ao depoimento do colaborador preso.

constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal (Odone Sanguiné. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 248-249. Cristina Guerra Pérez. La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 162. Andrey Borges de Mendonça. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011. p. 277-280)”

76 Segundo Manuel da Costa Andrade, a liberdade de declaração do arguido analisa-se em dupla dimensão: positiva – que significa a oportunidade de se pronunciar contra os fatos, afastando os indícios contra si - e negativa – que significa a vedação a qualquer tentativa de obtenção, por meios enganosos ou de coação, de declarações auto-incriminatórias (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 120/121)

77 Como afirmou o Ministro Dias Toffoli, no voto proferido no HC 127483 (Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. em 27 de agosto de 2015), o importante é a liberdade psíquica do agente e não a sua liberdade física. A colaboração premiada é, além de um meio de obtenção de prova, também um meio de defesa, de sorte que não há dúvidas de que está abrangido pelo princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, a possibilidade de um agente colaborar com a Justiça com o intuito de obter um benefício processual ou material. Desde que haja consentimento informado, sem coação, com a presença e orientação de um advogado, não há vedação *a priori* para firmar acordo de colaboração premiada com agente preso. Veja: “Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. (...) Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrimen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto. Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei no 12.850/13)”. No entanto, conforme visto, caso se demonstre que a prisão foi usada para pressionar eventuais colaborações, haverá ilicitude na prova.

Outros fatores até podem ser sopesados, relacionados ao fato de o agente estar preso – como o fato, por exemplo, de ter dividido cela com outro colaborador. Mas a prisão em si mesmo é fator impertinente a uma valoração negativa do depoimento do colaborador.

9. VALOR. REGRA DE CORROBORAÇÃO

O sistema de apreciação das provas adotado pelo nosso sistema processual penal é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado (art. 157 do CPP⁷⁸). Em princípio, portanto, como lembra DELTAN DALLAGNOL, “a força da prova depende da força do argumento e é sempre e apenas determinável em concreto”.⁷⁹ Nada obstante, não se trata de princípio absoluto e incontrastável, de sorte que o legislador pode impor certas prescrições visando conferir maior racionalidade e segurança na avaliação da prova, até mesmo porque a valoração não pode ser vista como uma anarquia nas operações cognitivas do juiz.⁸⁰

É neste sentido que surge a regra de corroboração, que impõe um limite ao magistrado: não condenar alguém apenas com base na palavra do colaborador. Para a condenação, exige-se a corroboração por prova independente e exterior ao colaborador. Mesmo que ultrapassado o primeiro filtro – a análise sobre a credibilidade intrínseca –, as palavras do colaborador ainda podem ser falsas. Justamente por isto, surge a necessidade de corroboração com outros elementos de prova objetivos, fazendo-se um segundo filtro.⁸¹

Assim, o legislador estabeleceu um *limite negativo* à prova⁸² ou uma regra legal de valoração,⁸³ como forma de mitigar os excessos que o princípio do livre convencimento motivado poderiam trazer na avaliação da palavra do colaborador. Em poucas palavras, as declarações do colaborador não possuem, por si só e isoladamente, o poder de levar a uma decisão condenatória, sendo insuficiente para alcançar o *standard* probatório necessário para condenação. Nas palavras de PAOLO TONINI, trata-se de uma regra jurídica de valoração da prova, segundo a qual as provas do colaborador somente podem ser valoradas se vierem corroboradas. Embora alguns autores afirmem que se trata de uma regra de exclusão da prova – que comportaria uma vedação indireta de usar as

78 “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

79 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 209.

80 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 92 e 162.

81 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 187.

82 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, p. 32/33.

83 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 458.

declarações sem corroboração – em verdade trata-se de um critério legal de valoração da prova. No caso, o art. 192, 3, do CPP italiano – correspondente ao art. 4º, §16 – impõe um critério de valoração porque não prevê uma proibição absoluta de utilização, mas sim se limita a estabelecer que, na ausência de corroboração, a prova “valerá zero”.⁸⁴ Estabelece-se que a colaboração premiada é insuficiente para condenar – embora o legislador não aponte o que é necessário para a condenação.⁸⁵

O propósito principal da regra de corroboração é a proteção contra falsas e fabricadas confissões.⁸⁶ Como afirmou o Ministro CELSO DE MELLO, a regra “constitui importante limitação de ordem jurídica que, incidindo sobre os poderes do Estado, objetiva impedir que falsas imputações dirigidas a terceiros sob pretexto de colaboração com a Justiça’ possam provocar inaceitáveis erros judiciários, com injustas condenações de pessoas inocentes”.⁸⁷ O colaborador é pessoa que tem, em geral, interesse mais forte no resultado do procedimento, seja para falsear a verdade para obter uma vantagem qualquer ou, ao menos, uma desvantagem menor. Nesta linha, conforme constou no Anteprojeto ao CPP italiano, há uma restrição em relação ao que é envolvido nos mesmos fatos, para impedir o erro no convencimento judicial.⁸⁸ Por outro lado, a regra da corroboração é também uma forma de evitar que as investigações cessem após a colaboração,⁸⁹ impondo ao investigador que vá além da confissão e das palavras do colaborador.

A regra da corroboração – que se insere no campo da valoração da prova, conforme visto – possui clara inspiração no art. 192, 3, do CPP italiano e está prevista em art. 4º, § 16, da nova Lei, nos seguintes termos: “*Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”.

Em verdade, a lei veio reconhecer o que já era pacífico na jurisprudência⁹⁰, no sentido de que o depoimento do colaborador, por si só, não permite edição

84 TONINI, Paolo Ob. Cit. p. 305. Citando P. Ferrua, afirma que a regra de exclusão da prova estabelece uma proibição radical de valorar a prova obtida de maneira ilegítima. No caso, o critério legal de valoração da prova não veda o juiz de analisar e valorar a prova, mas influi apenas no valor da prova de sorte a anular em ausência de alguns requisitos.

85 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

86 SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard; BURTON, Mandy. *Criminal Justice*. Reino Unido: Oxford University, 4ª ed., 2010, p. 317.

87 Decisão Monocrática proferida na Petição 5.700 - DF, Brasília, 22 de setembro de 2015, Relator Ministro Celso de Mello.

88 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 305.

89 SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard; BURTON, Mandy. *Criminal Justice...*, p. 318.

90 STF – HC 75.226/MS – 2.ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 19.09.1997; (STF, HC 84517, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004; STJ, Recurso Especial n. 1.113.882/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, julgado em 08/09/2009, publicado no DJe em 13/10/2009; STF, HC 94034, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008.

de decreto condenatório. Tal restrição já decorria dos fatores de desconfiança acima elencados, em especial ao reconhecimento de que motivos espúrios (inclusive a obtenção de benefícios a qualquer custo) poderiam levar algum corréu a acusar outro falsamente e porque não havia o dever de dizer a verdade. Com a Lei 12.850, mesmo estabelecendo um parcial dever de dizer a verdade, as declarações do colaborador ainda são insuficientes, pois podem decorrer da busca do benefício a qualquer custo ou de outros interesses espúrios. Justamente por isto uma das "regras de ouro" em relação à colaboração é a "regra da corroboração", ou seja, que o colaborador traga elementos de prova para confirmar o que declarou. A regra da corroboração pode ser vista como a necessidade de uma prova independente para a condenação (*independent evidence of guilt*).⁹¹ Na síntese de PAOLO TONINI, a regra de corroboração pode ser definida como a exigência de elementos de prova que sirvam a confirmar a confiabilidade de uma declaração.⁹²

Conforme visto acima, a regra de corroboração coloca-se como um dever de a acusação não se contentar com a simples colaboração, não cessando as investigações – como em geral ocorre em situações nas quais há uma simples confissão.⁹³ Como o afirma o magistrado americano STEPHEN TROTT, "corroboração é para o depoimento de um cúmplice o que a gasolina é para um carro: sem isso, você não chega a lugar nenhum". Segundo a advertência deste mesmo autor: "Seja ativamente desconfiando. Procure corroboração em tudo o que puder, siga todas as indicações de que ele possa estar inventando". Esta regra de corroboração deve estar presente a todo instante na mente dos membros do MP.⁹⁴ Assim, os investigadores devem desconfiar de tudo o que o colaborador declarar, procurando o máximo de corroboração que puder. Por exemplo, se o colaborador disser que ligou para determinada pessoa, importante buscar a confirmação dos dados telefônicos. Se afirmar que fez depósito em alguma conta, necessário obter o extrato bancário ou a comprovação do depósito. A finalidade última deve ser – mesmo que quase sempre impossível – buscar elementos de prova para condenação independentes da colaboração, tornando esta desnecessária em juízo.⁹⁵ Na imensa maioria dos casos não será possível descartar a palavra do colaborador, mas a busca de provas independentes deve ser uma meta que os investigadores devem ter sempre em mente. Mesmo com a colaboração, as investigações devem continuar até haver provas suficientes e autônomas para

91 SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard; BURTON, Mandy. *Criminal Justice...*, p. 317.

92 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...* p. 306.

93 SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard; BURTON, Mandy. *Criminal Justice...*, p. 318.

94 TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial...*, p. 80/88.

95 Como diz Stephen Trott, "A melhor coisa que pode acontecer-lhe é que as pistas fornecidas pela testemunha revelem tantas outras provas que você não vai ter que chamá-la para o julgamento!" (TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial...*, p. 88).

demonstrar que a versão apresentada pelo colaborador é verossímil e traz certeza acima de qualquer dúvida razoável.

Mas não apenas a acusação deve se focar na corroboração. Também a defesa do colaborador deve buscar elementos de corroboração, desde o instante em que toma a decisão de colaborar.⁹⁶

9.1. ALGUNS PARÂMETROS PARA A REGRA DA CORROBORAÇÃO

Conforme visto, ao se analisar os aspectos extrínsecos da colaboração – a “colaboração vestida” –, está se focando não naquilo que o colaborador disse propriamente, mas sim se tal conteúdo possui fontes de arrimo em elementos externos ao colaborador. Em outras palavras, se a palavra do colaborador foi corroborada por outros elementos de prova. Já se tratou da importância da regra da corroboração e qual o seu sentido, ou seja, do porquê da regra de corroboração. Neste momento, buscar-se-á fazer algumas precisões para indicar as características destes elementos de corroboração, com o intuito de estabelecer parâmetros em sua análise. A análise, assim, se focará em responder à pergunta “*como é a regra de corroboração na prática*”, visando fixar algumas balizas e parâmetros na valoração dos elementos de corroboração, sem pretensão de seu esgotamento.

De início, é importante destacar que a regra de corroboração é um limite negativo ao livre convencimento, ou seja, sem ela não pode o magistrado valorar e utilizar a palavra do colaborador para condenar. No entanto, não estabelece o legislador – e nem deveria fazê-lo – o que significa esta regra de corroboração na prática. Realmente, impossível prever abstratamente quando estará preenchida ou não a regra da corroboração. Somente o magistrado, no exame do caso concreto, é que poderá dizê-lo. O legislador estabeleceu apenas um limite negativo (que não pode haver condenação sem corroboração por outras provas), mas não dispôs quais provas são necessárias para considerar preenchida a regra, de sorte que a valoração da corroboração mínima deve ocorrer no caso concreto apenas.⁹⁷ Segundo FREDERICO VALDEZ PEREIRA, “não há como se afastar

⁹⁶ Não apenas para que o próprio MP se interesse pelo acordo, mas para que o colaborador venha a receber os benefícios previstos em lei. Quanto mais elementos de prova que corroborem a versão existirem, maior interesse terá o MP no acordo e maiores serão os benefícios para o colaborador. Assim, é importante que a defesa procure levantar e contribuir, ao máximo, para que a versão do colaborador seja corroborada por elementos de prova, devendo orientar e auxiliar o colaborador a buscar tais elementos de corroboração.

⁹⁷ Sentença 233/2002, de 9 de dezembro de 2002, do Tribunal Constitucional Espanhol. Nesta decisão, afirmou-se, mesmo sem previsão expressa, que a declaração inculpatória sozinha não é suficiente para afastar a presunção de inocência. Além disso, a par de aceitar a prova da colaboração como legítima do ponto de vista constitucional, afirmou que a aptidão como prova para condenação surge quando as declarações sejam minimamente corroboradas. E esta corroboração mínima decorre da existência de fatos, dados ou circunstâncias externas que avalizem, de maneira genérica, a versão apresentada.

o campo da concreta valoração como tarefa do julgador, a ser desenvolvida no caso concreto".⁹⁸ Em outras palavras, apenas no caso concreto, é que o magistrado poderá verificar se houve ou não corroboração suficiente. Como diz FRANCO CORDERO, ao tratar do art. 192.3 do CPP italiano, trata-se de matéria clínica, de sorte que melhor deixá-la à prática, analisando o caso colocado para decisão.⁹⁹

A regra de corroboração deve corresponder a elementos de prova extrínsecos e externos ao depoimento prestado, ou seja, nas palavras do Tribunal Constitucional Espanhol, "a existência de fatos, dados ou circunstâncias externas que confirmem de maneira genérica a verdade das declarações do colaborador".¹⁰⁰ Busca-se, assim, que a decisão se baseie em elementos externos que sejam realmente confirmações mínimas e independentes de que os fatos ocorreram como relata o coimputado.¹⁰¹ Meras ilações lógicas ou regras da experiência, não baseadas em dados concretos, são insuficientes para preencher a regra de corroboração.¹⁰²

Ademais, em princípio, a corroboração pode ser feita por qualquer meio de prova, não existindo restrição quanto à natureza dos dados confirmativos;¹⁰³ prova de indícios – e as inferências que decorrem de sua análise¹⁰⁴ –, prova documental, outros depoimentos, dados bancários, dados telemáticos, dados decorrentes de afastamento do sigilo telefônico, etc. Não há, no tocante à natureza dos meios de prova, qualquer restrição ou especificidade, vigendo, neste aspecto, o princípio do livre convencimento motivado em sua inteireza.¹⁰⁵ A única res-

98 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 186.

99 CORDERO, Francisco. *Procedura penale*. Ottava Edizione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 626

100 Sentença 233/2002, de 9 de dezembro de 2002, do Tribunal Constitucional Espanhol.

101 Tribunal Constitucional Espanhol, Sentença n. 207/2002, de 11/11/2002. Na mesma linha entende o Tribunal Supremo Espanhol, cf. Sentença n. 1523, de 15/11/1999

102 Destaque-se que o fato de se afirmar que deve haver elementos, dados ou circunstâncias externos não significa a impossibilidade, por exemplo, de se gravar diálogo do colaborador com terceiros incriminados, por exemplo, mas apenas que deve ser formada por elementos de prova externos às declarações prestadas perante as autoridades. Ademais, quando se faz referência às ilações lógicas, está se referindo àquelas sem base em dados concretos. Na prova de indícios e nos demais raciocínios probatórios há sempre inferências múltiplas, mesmo nas chamadas provas diretas, conforme leciona Deltan Dallagnol (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...*) de sorte que é impossível excluir tais raciocínios do campo probatório. Conforme afirma este mesmo autor, "Provar é caminhar de premissa(s) probatória(s) até a conclusão (ões) probatória(s) mediante inferência"

103 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p.184. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

104 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 184.

105 Em um caso julgado no âmbito da Operação Lava Jato, tratando do pagamento de propina envolvendo um navio sonda, entendeu-se que a corroboração defluía, dentre diversos outros elementos (como provas materiais, contas no exterior secretas, etc.) de uma entrevista dada por um dos envolvidos, anteriormente aos fatos e veiculada por uma revista nacional, em que se o próprio entrevistado (posteriormente acusado) mencionava detalhes das operações, até então não sabidos e que somente poderiam ser conhecidos por quem estava envolvido (Ação penal n. 503947550.2015.4.04.7000/PR, que tramitou perante a 13ª Vara de Curitiba).

trição é que sejam elementos de prova objetivos e externos, conforme visto, não sendo suficiente, para considerar corroborado, a mera dedução lógica, sem amparo em dados concretos.¹⁰⁶ Inclusive, a corroboração pode ser feita, segundo nossa posição, pelas declarações de outro colaborador, desde que com algumas cautelas extras, conforme veremos ao tratar da corroboração cruzada.¹⁰⁷

Outra característica interessante é que o *quantum* de corroboração - ou seja, a quantidade de elementos que autoriza considerar preenchido o requisito da corroboração - não é e nem poderia ser estabelecido previamente pelo legislador. Será o magistrado que, no caso concreto, verificará se os elementos externos produzidos são suficiente para demonstrar a plausibilidade das declarações prestadas.¹⁰⁸ Em outras palavras, não há um número quantitativo ou qualitativo de elementos de corroboração. Tudo dependerá dos elementos do caso concreto e o magistrado é quem poderá, na valoração dos elementos agregados à colaboração, julgar se se alcançou ou não o nível de cognição necessário para a condenação.¹⁰⁹

Ademais, não se pode exigir que os elementos de corroboração tenham autossuficiência probatória, ou seja, força para levarem, por si só, à condenação.¹¹⁰

¹⁰⁶ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 306.

¹⁰⁷ Ver item 9.2.

¹⁰⁸ A jurisprudência italiana não confere distinção entre o depoimento prestado pelo coimputado que participou do fato se comparado ao depoimento daquele que participou de fato conexo, ao menos no tocante ao *quantum* necessário para a corroboração. Além de não haver qualquer distinção entre as situações pelo legislador, não haveria razão lógica ou coerência sistemática para tanto (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 308).

¹⁰⁹ Em um exemplo referente ao delito de receptação, a Suprema Corte Constitucional Espanhola entendeu que a declaração de um coimputado era suficiente para condenar, pois vinha acompanhada de suficientes elementos de confirmação. Na situação, ao ser detido por furto de joias e delito contra a saúde pública, houve declarações que incriminavam um traficante determinado. O detido afirmou que furtou as joias de suas tias e, depois, se dirigiu a um telefone público onde telefonou para o celular pertencente a um tal "Cambades" (apelido), de um bairro chamado Boiro. Em seguida, afirmou que se encontraram em um local público, no Bairro de Boiro, para trocar as joias por drogas. No local, entrou no veículo do traficante (o qual descreveu, inclusive com a marca e cor), oportunidade em que acertaram a troca. Em seguida, o traficante foi com as joias e voltou com a droga. O detido afirmou que sabia o telefone do traficante porque era usuário de drogas e sabia que o vendedor era o único que se dedicava à venda de drogas em troca de bens de valores. A polícia constatou que o número de telefone que o detido havia declarado - para quem ligou para vender os objetos roubados - pertencia realmente ao alegado traficante, a descrição do modelo e cor do veículo realmente coincidia com o veículo que o traficante possuía, o apelido utilizado e a região onde este residia também foram confirmados. As alegações defensivas - de que o réu não teve contato com o delator - não justificavam tais elementos. Em razão disso, entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol que havia elementos mínimos de corroboração (Sentença 233/2002, de 9 de dezembro de 2002, Tribunal Constitucional Espanhol).

¹¹⁰ Neste mesmo sentido, leciona Frederico Valdez Pereira: "Nesse quadro, como diretriz basilar, não se pode exigir que os elementos de corroboração sejam de entidade suficiente a constituir prova por si mesmos da culpabilidade do imputado, ou seja, os outros elementos externos não necessitam constituir demonstração suficiente do conteúdo das declarações, não são elementos probatórios autossuficientes, devendo sim, produzir o necessário efeito corroborativo; do contrário, a discussão sobre o valor probatório da colaboração processual e próprio instituto em si seriam carentes de sentido" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 183).

Em outras palavras, os elementos de corroboração não serão - e não é necessário que o sejam - fortes o suficiente para, sozinhos, levarem à condenação. Estas provas, conforme lembra MARIANO LIBARONA, podem não ter por si mesmas a capacidade de mostrar a veracidade do fato delitivo, sendo essencial que demonstrem a credibilidade de quem as disse.¹¹¹ Caso se exijam elementos de corroboração a tal ponto exigentes, que, por si só, fossem suficientes para a condenação, independentemente da palavra do colaborador, a própria colaboração premiada seria desnecessária e uma tautologia. Isso porque, na prática, somente se faz recurso à colaboração porque tais elementos de condenação, por si só, não são alcançáveis, na imensa maioria dos casos, sem a colaboração. Estes outros elementos de prova necessários para a corroboração não devem ser tais a permitir provarem sozinhos o fato afirmado pelo declarante, sendo "suficiente que os demais elementos de prova sejam tais a permitir simplesmente afirmar a confiabilidade (*attendibilità*) do afirmado pelo declarante sobre determinado ponto".¹¹²

Outra importante característica é que os elementos de corroboração serão muitas vezes dados acessórios, não necessariamente ligados diretamente ao *thema probandum*, ou seja, ao objeto da imputação. A regra de corroboração visa confirmar a veracidade do que foi dito pelo colaborador e demonstrar a plausibilidade de suas afirmações - não obrigatoriamente dos fatos imputados ao acusado.¹¹³ Com isto se quer dizer que os elementos de corroboração não precisam ser propriamente relacionados às condutas delitivas imputadas ao delatado pelo colaborador (que matou a pessoa X, que recebeu o valor Y de propina, por exemplo), até mesmo porque dados sobre tais questões nucleares, no mais das vezes, são de difícil quando não impossível produção e, por isso mesmo, a utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de provas se faz necessária.¹¹⁴ Portanto, em geral os elementos de corroboração não serão provas tais como a gravação do imputado matando a vítima ou do corrupto recebendo dinheiro ou o solicitando. Podem ser dados que rondam o fato delitivo, demonstrando que a versão apresentada pelo colaborador é verídica. Isso decorre da própria finalidade da regra da corroboração e da impossibili-

111 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 188.

112 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 305. Tradução livre.

113 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 184

114 Como afirma Frederico Valdez Pereira, "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 do 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, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 186.

dade, no mais das vezes, de tais elementos dizerem respeito ao tema central da imputação.

Por outro lado, embora os elementos de corroboração não precisem ser relativos propriamente ao *thema probandum*, devem ser, conforme afirma MARIANO LIBARANO, informações relevantes, ao menos que tangenciem o fato investigado. Não podem ser questões totalmente alheias ao fato delitivo imputado, tais como fatos cotidianos (como o de que já trabalharam juntos, se viram em determinado lugar, são conhecidos de determinada pessoa, foram a um mesmo lugar comum, etc.) e tampouco são suficientes informações genéricas, secundárias, que digam respeito a outros fatos completamente alheios ao fato concreto imputado e que não interfiram neste, ao menos indiretamente. Do contrário se correrá o risco de o julgador ser enganado por uma declaração que seja verdadeira em relação a fatos que não possuem conexão com o delito (e em geral de fácil comprovação), mas falsos em relação ao conteúdo essencial da imputação.¹¹⁵ Assim, neste aspecto, os elementos de corroboração devem ter dupla característica: embora não precisem dizer diretamente com o fato delitivo, devem ser dados *relevantes* e que se *conectem*, ainda que indiretamente e de alguma forma, com o fato delitivo. Mais uma vez, apenas no caso concreto é que o magistrado poderá buscar este equilíbrio, afastando, de um lado, exigências desmesuradas sobre o conteúdo da regra de corroboração e, de outro, também negando valor a elementos genéricos e que nada tenham de relevância para o caso. O que o magistrado deve ter em mente é se os elementos de corroboração dão credibilidade ou não à versão apresentada pelo colaborador.¹¹⁶

115 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 189.

116 Assim, vejamos um exemplo, relativo a um delito de corrupção. Um colaborador afirma que pagou a um determinado deputado a quantia de R\$ 300 mil reais em dinheiro em espécie para que fizesse uma emenda parlamentar que o beneficiasse. O colaborador afirma que a reunião ocorreu na residência do parlamentar, sem testemunhas, oportunidade em que ficou acertado o pagamento dos valores indicados. Alega, ainda, que a quantia em espécie utilizada para pagar a propina foi obtida a partir de uma empresa de fachada, que prestou serviços fictícios para a empresa do colaborador e que o colaborador entregou a maior parte da quantia em espécie para um emissário do parlamentar, cujos dados não são conhecidos, e fez uma doação para uma entidade beneficente indicada pelo parlamentar. Neste exemplo, os elementos de corroboração não serão necessariamente tratando das condutas do parlamentar de solicitar ou receber vantagem indevida, mas sim serão referentes a dados acessórios e laterais que permitam demonstrar a verossimilhança da versão apresentada. Por exemplo: diversas ligações com o parlamentar, na data em que ocorreu a reunião; viagens do colaborador de avião até a cidade do parlamentar; mensagens com o parlamentar, marcando referida reunião; antena do colaborador (ERB) indicando que se encontrava próximo à residência do parlamentar no dia da mencionada reunião; existência da emenda parlamentar, contrato simulado com a empresa de fachada, em valor próximo à quantia mencionada de corrupção; doação para instituição de caridade ligada ao parlamentar. Veja que nem todos estes elementos dizem respeito propriamente dito ao *thema probandum*, sendo no mais das vezes dados acessórios que circundam a narrativa do colaborador para conferir-lhe verossimilhança. Caso se exija, a título de prova de corroboração, gravação da conversa com o deputado ou algum elemento referente à conduta do parlamentar de solicitar o dinheiro que não as palavras do colaborador, além de ser impossível na

Interessante ponto é trazido por FREDERICO VALDEZ PEREIRA. Nos casos em que houver disparidades percebidas na avaliação interna do depoimento do colaborador, isto deve refletir, no mais das vezes, não em desmerecimento completo da colaboração, mas em "maior rigidez na apreciação dos dados objetivos externos de confirmação (...) permitindo reequilibrar eventual incerteza do juízo intrínseco pelos elementos concretos de corroboração".¹¹⁷ Há uma relação inversamente proporcional entre os aspectos intrínsecos e os extrínsecos da colaboração, a apontar que, quanto mais verossímil a narrativa do colaborador em seu aspecto interno, menos elementos de corroboração serão necessários para o juiz se convencer da verossimilhança.

Em geral, colaboradores trazem elementos sobre variados fatos e diversas pessoas. Os elementos de corroboração podem, assim, ser analisados em seu aspecto objetivo (os fatos narrados) e subjetivo (as pessoas delatadas).¹¹⁸ Urge enfrentar, ao menos em uma primeira análise, tais questões.

Em relação ao *aspecto objetivo*, deve-se distinguir entre a colaboração que traga diversos fatos (que chamaremos de "colaboração complexa") ou apenas um fato, composto de diversos atos. Se variados fatos que forem trazidos pelo colaborador, em uma colaboração complexa, urge que a regra de corroboração incida em relação a cada um dos fatos isoladamente considerados. Em outras palavras, o fato de o colaborador trazer distintos fatos criminosos não isenta a acusação de produzir elementos de corroboração em relação a cada um destes fatos, isoladamente considerados. Se assim não fosse, como lembra BADARÓ, a corroboração se confundiria com mera confirmação genérica de confiabilidade das palavras do declarante e não uma verdadeira corroboração externa das declarações.¹¹⁹ Portanto, no aspecto objetivo, em caso de fatos complexos, a corroboração deve atingir cada fato. Nada impede que uma mesma prova seja utilizada para corroborar vários fatos delitivos. Mas o certo é que cada conduta delitiva narrada deve ser, isoladamente considerada, corroborada.

Situação diversa é a colaboração composta por um único fato delitivo, mas composto por vários atos, mesmo que distantes no tempo e no espaço. Nesse

imensa maioria dos casos, faria com que a própria colaboração fosse dispensável e, assim, instituto inútil, pois justamente serve para situações em que a prova é de difícil senão impossível realização. Ademais, a par dos elementos de corroboração, deve o magistrado avaliar se a versão apresentada pelo parlamentar traz dúvida razoável, à luz dos elementos existentes, vigorando o princípio do livre convencimento motivado. Caso o parlamentar afirme que nunca se reuniu com o empresário, a versão não explicaria as mensagens apreendidas e a reunião ocorrida, mostrando-se inverossímil. Caso o parlamentar afirme que se reuniu com o empresário, mas nunca para tratar de assuntos ilícitos, seria necessário questionar, se for verdadeira essa versão, por qual motivo um parlamentar se reuniria, em sua residência particular (e não no gabinete e com outras pessoas), a sós, com um empresário. Ademais, por exemplo, em relação à transferência para entidade relacionada ao parlamentar, houve alguma justificativa ou explicação crível?

117 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 182.

118 No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

119 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

caso, não é necessário que todos os atos que compõem o fato delitivo precisem de corroboração, sob pena de se inviabilizar a própria regra de corroboração e, por consequência, a colaboração premiada. Não há, em verdade, necessidade de corroboração de cada detalhe singular das declarações do colaborador, mas sim do conjunto revelado pelo agente, de sorte a conferir-lhe credibilidade.¹²⁰ Assim, a corroboração não precisa ser em relação a toda a narrativa do colaborador, pois é impossível, na maioria das vezes, e também não é necessária para demonstrar a plausibilidade da versão apresentada. Necessário é que a corroboração seja no tocante aos elementos essenciais da narrativa ou ao menos àqueles necessários para demonstrar que a versão apresentada é verossímil, afastando riscos concretos de erros judiciários. Como bem afirma MARIANO LIBARONA, "não é necessário que todo o que declare o imputado seja demonstrado com outras provas porque existem certos fatos que não são simples de reconstruir, como, por exemplo, o diálogo da vítima com o imputado". O essencial da regra radica na necessidade de que as provas dos fatos, dados ou circunstâncias em geral permitam demonstrar a veracidade das manifestações do coimputado, que modo que se confie que suas declarações são verossímeis.¹²¹ Em outras palavras, não são todos os atos que compõem o fato delitivo narrado que precisam ser corroborados.

Distingue-se, portanto, a colaboração composta de um único fato delitivo, integrado por diversos atos, e uma colaboração complexa, composta por fatos distintos (cada um destes, por sua vez, composto de diversos atos). No primeiro caso, não é necessário que a colaboração incida sobre cada um dos atos ou detalhes que compõem o fato composto. Basta que a colaboração seja corroborada em alguns de seus atos, a demonstrar que a versão é crível e plausível. No caso da colaboração complexa, composta por vários fatos delitivos distintos, necessário que cada um dos fatos seja corroborado (embora nem todos os atos de cada fato delitivo precisem sê-lo).

No aspecto subjetivo, é necessário que os elementos de corroboração em princípio incidam sobre a conduta de cada um dos envolvidos, seja um ou mais fatos delitivos. Se mais de uma conduta for imputada pelo colaborador ao investigado-delatado, necessário que os elementos de corroboração incidam sobre cada uma das condutas delitivas, de sorte que devam ser buscadas específicas circunstâncias que ligam o imputado ao fato.¹²²

No entanto, da mesma forma como em relação aos fatos complexos, não são todos os atos praticados pelo imputado-delatado que precisam de corrobora-

120 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 186.

121 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 188.

122 CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale. Profilo istituzionale*. 5ª ed. Torino: UTET, 2012, p. 430.

ção, mas apenas alguns deles, de sorte a conferir plausibilidade para a versão do colaborador e, assim, superar o limite negativo imposto pelo legislador. Conforme afirma FREDERICO VALDEZ PEREIRA, embora não seja necessário confirmar cada minúcia das revelações do colaborador, "seria esvaziar o alcance garantístico da imposição de elementos de corroboração admitir a confirmação da credibilidade das revelações consideradas na sua complexidade. Assim é que o objeto da corroboração não pode ser a declaração genericamente considerada, tratando-se de atuação multiforme ou complexa, envolvendo diversos fatos ou variados sujeitos. Deve exigir-se o fortalecimento das declarações por elementos externos de verificação em relação a cada fato ou conduta dessemelhante imputados pelo colaborador".¹²³ Portanto, as declarações devem ser corroboradas em relação a cada fato afirmado (mas não cada ato) e para cada sujeito indicado como responsável, devendo ser individualizante.¹²⁴

De outro giro, deve o magistrado valorar conjuntamente os elementos de prova para verificar se a declaração do colaborador possui credibilidade.¹²⁵ O raciocínio probatório do magistrado, ao valorar os elementos de corroboração, deve ser feito à luz do raciocínio abduativo ou da Inferência para a Melhor Explicação.¹²⁶

123 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 187.

124 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 306.

125 Interessante apontar a advertência de Paolo Tonini, segundo o qual, embora a regra de corroboração imponha uma condição ao uso das palavras do colaborador, isto não elimina de maneira alguma o livre convencimento do juiz. O fato de a prova ter sido corroborada por outros elementos, por si só, é insuficiente para dizer que o que foi afirmado é verdadeiro. Deve o juiz analisar se a declaração é crível e faz prova dos fatos, de maneira rigorosa. Portanto, além de analisar a regra da corroboração, deve indicar os motivos pelos quais a palavra do colaborador merece reconhecimento (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 305).

126 Atualmente, entende-se que a atividade probatória possui função de argumentativa e de persuasão. Conforme afirmou o Ministro Fux, no julgamento da AP 470: "Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo". Neste sentido, conforme leciona Deltan Dallagnol, provar é argumentar, e uma das mais modernas teorias probatórias é o Explanacionismo, que se baseia na lógica de argumentação chamada abdução ou inferência para a melhor explicação (IME), na qual se parte da evidência para identificar a hipótese que melhor a explica dentre hipóteses plausíveis. Em outras palavras, questiona-se: quais hipóteses explicariam todas as provas e, dentre elas, qual é a melhor potencial explicação? Uma vez que há frequentemente numerosas hipóteses que seriam capazes de explicar a evidência, escolhe-se a melhor. "Pessoas inferem hipóteses, a partir de provas com base no poder explanatório daquelas". A IME pode ser vista a partir de uma *perspectiva estática* como um tipo de inferência que caracteriza e guia uma forma específica de argumento, ou de uma *perspectiva dinâmica* como um processo inferencial ou método em que hipóteses são formuladas, avaliadas e testadas de múltiplos modos. Assim, segundo esta visão, "não é correto discutir o peso de uma prova, mas sim o peso do conjunto probatório inteiro ou o peso da hipótese. A hipótese (ou o conjunto probatório) e não uma dada prova que é pesada. Com isso, distanciamos-nos da compreensão tradicional de que o jurista pesa uma dada prova, isoladamente, mostrando que isso é inviável". (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...*, p. 209). Tratando do raciocínio abduativo, Antonio Magalhães Gomes Filho assevera: "A estrutura do raciocínio abduativo permite inferir 'para trás' um antecedente do consequente. Consiste basicamente na adoção provisória de uma inferência explicativa passível de verificação experimental e que visa encontrar, junto com o caso, também a regra. Assim, por meio da *abdução* procura-se reconstituir e explicar um acontecimento passado em duas etapas: na primeira, tenta-se elencar todas as possíveis

Deve verificar, inicialmente, se a hipótese trazida pelo colaborador é explicada pelos elementos de corroboração existentes e, ainda, pelos outros elementos de prova (inclusive apresentados pela defesa) e, indo além, deve verificar se tal hipótese é a melhor potencial explicação e preenche ou não o *standard* necessário para condenar. É o magistrado, portanto, no julgamento e na valoração, que deve analisar, caso a caso, o valor da prova. Por isto afirma-se que deve ser analisada a chamada confiabilidade complexiva ("global credibility criterion" ou "attendibility complessiva"), em face de todo o contexto probatório produzido.

Em atenção a tais questões, a regra de corroboração exige que haja uma motivação mais explícita do juiz, indicando não apenas a análise intrínseca do depoimento, mas também os elementos extrínsecos de corroboração. Deve o magistrado demonstrar o caminho lógico que levou à conclusão sobre o valor dado às palavras do colaborador. Se possível, deve haver um capítulo próprio na decisão sobre o tema. Segundo PAOLO TONINI, é defeito de motivação não analisar os elementos de corroboração, sob pena de ilegitimidade.¹²⁷ Assim, se a condenação se basear apenas na palavra do colaborador, poderá ser cabível recurso especial,¹²⁸ embora a análise dos Tribunais Superiores deve se focar apenas na existência ou não de elementos mínimos de corroboração – sob pena de indevida análise das provas.¹²⁹

No tocante ainda à corroboração, urge seja analisada a questão relativa à chamada corroboração cruzada (*mutual corroboration*).

9.2. CORROBORAÇÃO CRUZADA

A corroboração cruzada ocorre quando a declaração de um colaborador converge com a versão apresentada por outro. Em outras palavras, quando a corroboração é feita por outro colaborador, sem outros elementos suficientes

causas de um evento, delimitando as hipóteses mais prováveis para a sua ocorrência; na segunda, trata-se de selecionar, entre tais hipóteses, aquela que parece ser a *mais provável* diante das diversas causas possíveis" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed, revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 132). De certa forma aplicando tal raciocínio, a Ministra Rosa Weber, no julgamento da Ação Penal 470, asseverou: "Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja "irrazoável", inacreditável ou inverossímil".

¹²⁷ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 304.

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

¹²⁹ Em outras palavras, em relação ao conteúdo da corroboração, a análise dos Tribunais Superiores deve se limitar a situações em que fica manifesta a ausência de corroboração, em um desvio da regra. Para tanto, no entanto, pode haver a análise das provas, ainda que superficial. A partir da Sentença 68/2001, de 17 de março, do Tribunal Constitucional Espanhol, afirmou-se que a análise do Tribunal Superior deve ser não se há colaboração plena, porque "ya que ello exigiria entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal", mas apenas verificar se a colaboração é mínima, analisando-se caso a caso.

de corroboração.¹³⁰ A questão é saber se a colaboração cruzada é admissível no ordenamento e, mais ainda, se supera o limite negativo imposto pelo legislador ao vedar que a sentença condenatória seja proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (art. 4º, §16).

Conforme leciona a doutrina, na corroboração cruzada há maior risco para erros judiciais, pois não se pode descartar que dois colaboradores tenham se unido para, a par de ganharem os benefícios legais, criarem uma versão fictícia para incriminar alguém. Na visão de GUSTAVO BADARÓ, trata-se de prova com maior descrédito, pois considerada "impura", de sorte que teria um valor menor em relação ao testemunho, não se podendo admitir corroboração com base em uma prova que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade, em especial por que, como se trata de hipótese em que há grande chance de erro judiciário, "a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade".¹³¹ Nessa linha, com base nas lições deste mesmo doutrinador, já houve dois votos em que Ministros do STF, em *obter dictum*, afirmaram que a corroboração cruzada não seria admissível.¹³²

A questão demanda atenção especial.

O ideal, sempre, é que as duas colaborações sejam corroboradas por outros elementos externos, independentes de outro colaborador, para que ganhem autonomia e independência para uma condenação sem quaisquer questionamentos.

No entanto, não há vedação legal expressa à corroboração cruzada. O legislador, no caso da colaboração premiada, estabeleceu um limite negativo à livre valoração da prova pelo juiz, vedando que a condenação seja proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador, devendo ser corroborada por elementos extrínsecos. De outro giro, não nos parece que o legisla-

¹³⁰ Se a palavra de um colaborador é corroborada por outros elementos suficientes para a condenação, diferentes da palavra do outro colaborador, a questão sequer se coloca, pois neste caso há uma fonte independente que levará à condenação, mesmo com a exclusão da palavra do outro colaborador. A questão ganha relevo quando justamente não existam elementos de corroboração diversos do outro colaborador ou, mesmo existindo, estes são muito tênues.

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada...*

¹³² Citando Gustavo Badaró, o Ministro Dias Toffoli afirmou: "Importante salientar que, para fins de corroboração das 'declarações heteroinculpatórias' do agente colaborador, não são suficientes, por si só, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador" (HC 127483, Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. em 27 de agosto de 2015). Na mesma linha, também citando o mesmo doutrinador, asseverou o Ministro Celso de Mello: "Registre-se, de outro lado, por necessário, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada "corroboração recíproca ou cruzada", ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de *contra* este existir, *unicamente*, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores (...)" (Petição 5.700 - DF, Brasília, 22 de setembro de 2015, Relator Ministro Celso de Mello). Importante ressaltar que as questões foram tratadas em *obter dictum*, ou seja, lateralmente, e não eram o objeto principal da análise dos votos e tampouco foram os votos confirmados por outros ministros.

dor tenha estabelecido qualquer limite ou exigência qualitativa em relação aos meios de prova que podem servir de corroboração, desde que sejam suficientes a indicar a plausibilidade da versão apresentada. Em princípio, assim, não há vedação legal a que um colaborador corrobore a versão apresentado pelo outro, pois as declarações prestadas pelo outro colaborador são elementos externos à palavra do colaborador, o que autoriza que se entenda superado o limite negativo imposto pelo legislador.

É verdade que no caso da corroboração cruzada há uma maior chance de erro judiciário, em razão de ajustes criminosos. Realmente, não se pode descartar que haja um acerto entre colaboradores para a criação de uma versão incriminatória comum, para que ambos obtenham os benefícios. Isto é realmente possível, da mesma forma que não se pode excluir o risco de que uma testemunha venha a criar uma versão falsa para incriminar alguém. No entanto, referido risco não impede a sua utilização, desde que com cautelas devidas

No entanto, não se pode utilizar o risco de erro judiciário – sem outros critérios objetivos e concretos – como uma justificativa geral e apriorística para não aceitação da corroboração cruzada, pois, em verdade, é impossível afastar o risco de erro, mesmo quando não estiver envolvido o depoimento de colaboradores e, levado às últimas consequências, o risco de erros judiciários acabaria criando a um efeito paralisante.¹³³ Da mesma forma este risco existe quando se trata de testemunhas e nem por isto se deixa de utilizá-la com frequência em praticamente todos os feitos. Em verdade, o que se exige é maior cautela por parte do magistrado na valoração do caso concreto, justamente para evitar que os colaboradores criem uma versão falsa para incriminar. Deve o juiz, assim, sopesar *no caso concreto* as palavras dos colaboradores, sem amarras prévias e à luz do livre convencimento motivado.

133 Tratando do standard de prova necessário para condenação, Deltan Dallagnol faz a seguinte e incômoda constatação: “E os erros judiciais? Caso se parta da premissa da necessidade de um sistema em que alguns culpados sejam condenados, o nível de convicção estabelecido pelos julgadores para condenar deverá ser necessariamente inferior a 100%. Sendo inferior, erros judiciais certamente ocorrerão. Eles são um efeito colateral – indesejável e indesejado – do sistema, um fruto da imperfeição e da limitação humana. E, por mais paradoxal que parecesse no início, compreende-se agora que é uma falácia sustentar que os erros poderiam ser eliminados com a elevação do standard de prova necessário para uma condenação, se partirmos do pressuposto de que é desejável que alguns culpados sejam condenados. Se não queremos erros em absoluto, isso implica necessariamente que não queremos nenhuma condenação. Se não queremos nenhuma condenação, os processos penais constituem um mero teatro inútil, custoso para o Estado e que só se justificaria enquanto ele mesmo servisse de pena ao réu, atingindo então não apenas os culpados, mas também alguns inocentes – nem aqui, igualmente, escaparíamos ao erro, apenas deslocando-o da condenação para a simples existência de uma acusação e um processo penal. Por fim, frise-se novamente que não estamos propugnando que inocentes devam ser condenados com culpados – uma crítica nesse sentido contra o que escrevemos seria leviana e grosseira -, mas estamos reconhecendo que isso é um efeito colateral de um sistema em que se estabeleça a necessidade de condenar pelo menos alguns culpados” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...*, p. 258/259).

Conforme leciona DELTAN DALLAGNOL, as provas não podem ser valoradas em abstrato ou isoladamente, mas apenas concretamente, à luz das hipóteses probatórias.¹³⁴ Portanto, a análise das provas deve ser feita a partir de uma hipótese que melhor explica ou dá conta dos dados, em uma análise estática (um argumento) e dinâmica (um método). O grande valor disto é que se trata de "um processo de testes das hipóteses e de seus possíveis sinais no mundo, os quais permitem alcançar uma garantia maior em relação à conclusão". Assim, a inferência para melhor explicação "provê uma avaliação global da prova total porque o foco está na hipótese, e uma dada hipótese é julgada como melhor ou pior apenas quando comparada com suas alternativas".¹³⁵

Exatamente esta visão que deve guiar a análise da corroboração cruzada. No caso concreto, à luz das circunstâncias, deve-se verificar se a versão apresentada pelos colaboradores é verossímil e, ainda, se os elementos apresentados excluem a hipótese de versão construída. Deve o magistrado se focar especialmente na análise da independência das versões apresentadas ou na existência de elementos que apontem para a existência de versões artificiais e construídas. Este é o ponto crucial e essencial: o magistrado deve ter em conta elementos que afastem versões concertadas.

Alguns fatores podem auxiliar nessa análise.

De início, o magistrado deve verificar se os colaboradores se conheciam anteriormente. Parece evidente há muito maior credibilidade em duas versões coincidentes ditas por dois colaboradores que não se conheciam e nunca tiveram contato anterior. Menor, por sua vez, é a apresentada por duas pessoas que possuíam proximidade e eram amigas anteriormente. Embora esta última não esteja vedada, parece evidente que a primeira hipótese, em princípio, possui maior garantia de que não se trata de uma versão concertada.

Ademais, deve o magistrado apurar se haveria alguma razão comum para os colaboradores incriminarem o mesmo delatado, fazendo especial apuração de eventuais motivos espúrios neste sentido.

¹³⁴ Segundo o autor, "não é correto discutir o peso de uma prova, mas sim o peso do conjunto probatório inteiro ou o peso da hipótese. Isso tem um profundo impacto no debate probatório, como por exemplo na discussão entre o peso da prova indiciária quando comparado ao da prova direta. Tem sido reconhecido há muitas décadas que o peso de uma prova não pode ser estabelecido *a priori*. A tese aqui defendida deixa explícita a razão teórica que embasa tal assertiva, propondo que é a hipótese (ou o conjunto probatório) e não uma dada prova que é pesada. Com isso, distanciamos-nos da compreensão tradicional de que o jurista pesa uma dada prova, isoladamente, mostrando que isso é inviável (...). Além disso, essa perspectiva ajuda a se compreender o porquê o valor da prova só pode ser analisada em concreto, jamais em abstrato. E isso é verdade não só porque, como diz a doutrina tradicional, deve-se avaliar a credibilidade da prova em concreto, mas também porque é necessário avaliar conjuntamente todas as outras evidências disponíveis para o sujeito as quais se relacionam com a hipótese que se quer provar." (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...*, p. 139/142).

¹³⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo...*, p. 146.

Outro elemento importante é se os colaboradores que apresentaram versão comum tiveram contato na prisão ou ficaram na mesma cela em algum momento. Em caso positivo, não se pode descartar a hipótese de versões construídas.

Da mesma forma, deve o magistrado considerar se os colaboradores, quando prestaram seus depoimentos, conheciam a versão um do outro. Se as colaborações ainda se encontravam em sigilo, não tendo um conhecimento da do outro, maior a credibilidade dos depoimentos (salvo se possuírem advogados comuns, o que frustra essa garantia). Além disso, até mesmo pelo que agora dito, a construção de uma hipótese concertada também aumenta quando os colaboradores possuem advogados comuns, exigindo, como consequência, maior atenção do magistrado. Esta questão da existência de um mesmo advogado para vários colaboradores está a demandar maior atenção da doutrina e da prática, mas é certo que, se não é expressamente vedada,¹³⁶ a colaboração cruzada, quando os colaboradores possuem o mesmo advogado, deve ser vista com maiores cautelas do que aquela em que os defensores são distintos.

Outro fator relevante é a versão apresentada. Ao contrário do que poderia parecer, versões muito similares, sem qualquer diferença de conteúdo, podem chamar a atenção para uma versão construída artificialmente, o que demanda também maior atenção por parte do magistrado.

Nenhum destes fatores é, por si só, prova em um ou outro sentido, ou seja, de que houve ou não acerto de versões. Conforme dito, o ideal e o que deve ser buscado e estimulado é que sempre existam elementos de corroboração de ambas

136 Ao contrário da Itália, em que a questão é expressamente vedada pelo artigo 106, 4-bis, do CPP italiano, in verbis: "Non può essere assunta da uno stesso difensore la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei commi 2, 3 e 4". O Código de Ética da OAB não veda, tampouco, a constituição de um mesmo advogado para mais de um colaborador. A questão vem sendo vista sem maiores questionamentos, até mesmo porque poucos advogados se dispunham, até pouco tempo, a firmarem acordos de colaboração premiada, o que acabava por fazer com que uma mesma banca tivesse vários clientes e uma mesma operação. O tema, conforme aponta Rogério Fernando Taffarello, deve ser melhor refletido, até mesmo em razão do sigilo das colaborações (TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Colaboração premiada: reflexões sobre um instituto em construção*. Disponível em <http://jota.uol.com.br/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-um-instituto-em-construcao>). Segundo este autor: "ressalta-se o flagrante conflito ético e a inadmissibilidade jurídica de um mesmo defensor atuar em nome de mais de um colaborador sobre fatos relacionados, prática que, além de violar a isonomia (pois propicia àquele conhecimento prévio e privilegiado das declarações de cada qual, o que não é dado aos demais envolvidos e a seus defensores) e o sigilo legalmente imposto à fase inicial da colaboração, pode ensejar gravíssima manipulação da investigação e do processo criminal, com prejuízos evidentes à Justiça e a direitos fundamentais de cidadãos". De qualquer sorte, em razão do direito do imputado de constituir advogado de sua confiança, é uma questão delicada aos membros do MP restringir que um colaborador não se valha deste ou daquele escritório, pelo fato de já serem advogados de outros colaboradores, salvo se houver risco concreto de defesas colidentes. O ideal é que a questão fosse disciplinada internamente pela OAB, em seu Código de Ética. De qualquer sorte, mesmo havendo direito do imputado escolher seu advogado de confiança, nada impede que o MP deixe de firmar um acordo com determinado pretenso colaborador, sob o argumento de que possui mesmo advogado de outro colaborador, pois isto poderá prejudicar o valor da prova ao final, em especial em casos de corroboração cruzada.

versões. No entanto, a solução não pode ser abstrata e apriorística, sem consideração das nuances e particularidades da situação posta sob julgamento, e somente o magistrado, na análise clínica do caso concreto, é que pode verificar se a corroboração cruzada é ou não suficiente para se chegar ao *standard* probatório necessário para a condenação. Não parece haver vedação legal à utilização da corroboração cruzada, pois o limite legal previsto é apenas que a palavra de um colaborador leve, sozinha, a uma sentença condenatória. Imagine, por exemplo, que cinco colaboradores, que não se conheciam, possuem advogados distintos e não sabiam das versões apresentadas pelos outros, apontem para uma mesma versão incriminatória. Neste caso, estaria vedada a condenação? Ao contrário, veja situação diferente: dois colaboradores, que se conheciam, integraram a mesma organização criminosa e ficaram presos na mesma cela, imputam o mesmo fato a um único agente, com quem tinham relação de desafeto. Neste caso, sem outros elementos de corroboração, a condenação seria temerária. Na mesma linha, FREDERICO VALDEZ PEREIRA adverte que, como regra geral, deve-se exigir que alguma destas colaborações esteja corroborada por dados externos. Mas também assevera que pode ser admitida em tese, “desde que de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais em que se excluíssem os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores”¹³⁷.

Nesta linha, a doutrina e jurisprudência majoritárias na Itália aceitam que a corroboração extrínseca pode se basear em declarações de outras pessoas, inclusive coimputado (chamado na Itália de *riscontri incrociati*)¹³⁸ levando à condenação. Segundo PAOLO TONINI, a jurisprudência italiana reconhece que este tipo de corroboração é admissível, pois é respeitada a característica de “alteridade” (“altruità”) do elemento de prova. “Portanto a declaração do outro deve ser rigorosamente independente daquela a ser corroborada, e isto não deve decorrer de um acordo entre os declarantes”.¹³⁹

Portanto, a solução não pode ser feita em abstrato, de maneira genérica e apriorística. Apenas o caso concreto é que pode guiar a solução, tendo em vista o prudente juízo do magistrado, em especial considerando a independência entre as versões apresentadas.

9.3. CORROBORAÇÃO NO CASO DE OITIVA DO COLABORADOR COMO TESTEMUNHA?

Conforme visto, em face do grau de *terzeità* do colaborador em relação aos fatos e tendo em vista o princípio da graduação, desenvolvido pela Corte Constitucional italiana, pode o colaborador ser um completo estranho aos fatos ou

137 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 187.

138 LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 188.

139 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 306.

estar ligado de alguma forma a eles. No primeiro caso, a disciplina deve ser, em princípio, a da prova testemunha. Ao contrário, se vinculado ao fato, seja diretamente ou fato conexo, aplica-se as normas do colaborador em sua inteireza.¹⁴⁰

A questão que se levanta é se as declarações do colaborador, quando narra fatos de terceiros, dos quais não participou – e, portanto, na qualidade de testemunha –, teria que ser corroborada ou não. Em outras palavras, a regra de corroboração se aplica em todos os casos ou somente no caso de indagado-imputado ou imputado-concorrente? E se o colaborador declara como testemunha, ou seja, a respeito de fatos dos quais não participou, aplica-se a mesma restrição para a condenação?

O CPP italiano é claro ao estabelecer de modo expresso a necessidade de corroboração em relação ao coimputado do mesmo delito ou de fato conexo, independentemente se estejam sendo processados no mesmo processo ou separados, nos termos do art. 192, 3 e 4. Ademais, na Itália, mesmo no caso de testemunha assistida, há previsão expressa deste dever de corroboração (art. 197-bis, 6). No entanto, entendeu a Corte Constitucional que se for absolvido por não ter participado do fato de maneira definitiva, volta a ter a condição de testemunha, pois já houve uma decisão declarando, de maneira irreversível, a sua não relação com os fatos. Nesta situação, segundo afirmou a Corte Constitucional italiana, há uma restituição integral à condição de inocente, “*con totale ripristino della sua terzietà rispetto a quel fatto*”. Neste caso, decidiu-se que não é necessário e sequer justificável – ao contrário, seria desarrazoável – aplicação legal da regra de valoração da necessidade de corroboração com base em elementos externos.¹⁴¹

No Brasil, não há regra expressa. Pode haver, assim, duas posições. Para a primeira, como ao colaborador, ao narrar fatos de terceiros sem qualquer relação, incidiria regime jurídico de testemunha, não seria aplicável a regra da corroboração e seria possível ao magistrado condenar apenas com base nas suas declarações, ainda que não corroboradas por dados externos. Pela segunda posição, o colaborador, mesmo quando assume a postura de testemunha, não se despe de sua posição de interessado, pois irá receber um benefício em razão de suas declarações incriminatórias. Como há o risco de estar narrando fatos apenas para obter benefícios e, ainda, visando se exculpar, seria mais prudente

¹⁴⁰ Fazendo a distinção entre testemunha assistida – que tem relação com o fato e narra fatos de terceiros – e a testemunha comum, ver Sentença n. 265 de 2004, da Corte Constitucional italiana.

¹⁴¹ Com isto a Corte Constitucional “*dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 197-bis, commi 3 e 6, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l’assistenza di un difensore e l’applicazione della disposizione di cui all’art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis cod. proc. pen., nei confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto” divenuta irrevocabile*”. Sentença 381/2006 da Corte Constitucional italiana.

exigir também nesse caso a regra da corroboração. Esta última posição, mais segura contra riscos de erros judiciais, parece ser reforçada pela interpretação literal, pois o art. 4º, §16, da Lei 12.850, assevera que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador". Assim, o limite negativo imposto parece se aplicar a qualquer declaração prestada pelo colaborador, independentemente de sua posição em relação ao fato (se partícipe do delito, de delito conexo ou, ainda, se estranho ao fato) e pelo simples fato de ser colaborador - e, nesta qualidade, declarar em troca de benefícios legais.

9.4. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO, DECRETAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E RECEBIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE NAS PALAVRAS DO COLABORADOR

Questão interessante é se a colaboração premiada e as palavras do colaborador - ainda sem corroboração - poderiam autorizar instauração de inquérito, medidas cautelares e constritivas (tais como busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão preventiva) ou, ainda, o recebimento da denúncia. Em outras palavras, a regra de corroboração se aplica também a tais medidas?

Em princípio, a questão não merece uma resposta única. Tudo dependerá da análise do caso concreto. Não há regra expressa sobre o tema, pois a exigência de corroboração se limita ao campo da valoração para fins de condenação. Fica a questão, portanto, a depender da livre apreciação do magistrado.¹⁴²

De qualquer sorte, em uma primeira aproximação, quanto mais gravosa a medida, mais criteriosa deve ser a análise do magistrado.

Para a instauração de inquérito policial, somente a palavra do colaborador pode justificá-la sem maiores dúvidas, até mesmo porque é o meio de se obter elementos de provas para corroborá-la. Conforme afirmou o Ministro CELSO DE

¹⁴² Em sentido contrário, Frederico Valdez Pereira entende que a confiabilidade intrínseca da colaboração serve apenas para que se iniciem atos de investigação destinados à obtenção de elementos de corroboração. E afirma em seguida: "Consequência desta premissa é que a simples declaração acusatória do pretense colaborador da justiça não pode ter ainda nenhum efeito de restrição sobre direitos do acusado que não se relacionem estritamente com atos de investigação, ou seja, com o início de uma pesquisa investigativa com vistas a colher indícios mínimos de veracidade. Não se pode embasar nenhuma medida cautelar restritiva sobre o imputado, sem que se tomem as medidas necessárias a indicarem a provável veracidade da delação" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, p. 180). Concordamos com o raciocínio, apenas no limite em que afirma que medidas de investigação podem ser tomadas com base na palavra do colaborador. Não há, no entanto, nenhuma vedação legal à utilização das palavras do colaborador para as demais medidas cautelares, inclusive a prisão, conforme será visto. Ademais, as evidências devem ser analisadas no caso concreto apenas, sem regras, em princípio, apriorísticas e abstratas. Ausente norma legal expressa, deve ser seguida a regra existente no campo da valoração das provas para se verificar se o *standard* de prova necessário para o deferimento da medida foi alcançado: confia-se na análise pelo magistrado do caso concreto, de maneira motivada.

MELLO, "o dever jurídico do Estado de promover a apuração da autoria e materialidade dos fatos delituosos narrados por "qualquer pessoa do povo", inclusive aqueles delatados por agentes colaboradores, como na espécie".¹⁴³

Em relação às medidas cautelares probatórias, é possível, em geral, que sejam deferidas com base na palavra do colaborador, desde que sejam críveis no âmbito interno. Isso porque, tais medidas podem ser necessárias justamente para se conferir credibilidade e elementos de corroboração para o que foi dito pelo colaborador. Caso se entendesse que seriam necessários elementos de corroboração, haveria uma tautologia que colocaria em risco a própria atividade instrutória: para as medidas cautelares exige-se corroboração, mas para que haja corroboração justamente são necessárias tais medidas...

Em relação à prisão preventiva, o magistrado deve estar mais atento. Ao contrário da Itália, na qual há regra expressa vedando,¹⁴⁴ no Brasil nada impede que seja deferida prisão cautelar com base na palavra do colaborador, desde que ao menos haja rigor na análise da sua credibilidade interna. Como a prisão preventiva é a medida mais gravosa que pode ser aplicada a um inocente no processo penal, deve-se verificar se os elementos existentes são capazes de convencer um observador imparcial de que a pessoa presa é responsável pela prática da infração. A Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos apontam neste sentido. No caso *Fox, Campbell e Hartley v. Reino Unido*, a Corte Europeia asseverou que a razoabilidade das suspeitas constitui uma especial garantia oferecida pelo art. 5.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual a existência de suspeitas razoáveis pressupõe fatos ou informações "capazes de persuadir um observador objetivo de que o acusado pode haver cometido a infração".¹⁴⁵ Por sua vez, no caso *Labita*, a Corte Europeia afirmou que é possível a prisão com base apenas nas palavras do colaborador, em especial no início do procedimento. Mas com o passar do tempo, ao longo do procedimento, pode se mostrar insuficiente.¹⁴⁶ Como se trata de medida irreversível, o magistrado deve

143 Decisão Monocrática proferida na Petição 5.700 - DF, Brasília, 22 de setembro de 2015, Relator Ministro Celso de Mello.

144 Na Itália, para a valoração dos graves indícios de culpabilidade que justificam a prisão preventiva, nos termos do art. 273, 1-bis, é necessária observância da regra de corroboração prevista no art. 192, 3 e 4, do CPP italiano (assim como são estabelecidas outros limites não previstos no nosso ordenamento jurídico).

145 Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, julgamento em 30 de agosto de 1990, § 32. No original: "The 'reasonableness' of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c). The Court agrees with the Commission and the Government that having a 'reasonable suspicion' presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as 'reasonable' will however depend upon all the circumstances".

146 Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Labita vs. Itália*, sentença n. 120, de 6/4/2000, § 159, in verbis: "§159 That, in the Court's view, is especially true when a decision is being made whether to

estar mais atento e exigir, sempre que possível, a demonstração de elementos, ainda que ténues, de corroboração. No entanto, pelas próprias características de urgência da medida, em situações excepcionais pode ser decretada sem corroboração, mas com a atenção de se exigir, o quanto antes, elementos mínimos de confirmação, sob pena de reanálise do cabimento e adequação da prisão.

Sobre o recebimento da denúncia, tampouco há regra expressa, de sorte que seria possível.¹⁴⁷ No entanto, em princípio não deve o membro do Ministério Público oferecer denúncia com base apenas nas palavras do colaborador, sem elementos de corroboração. Isto em especial quando não houver razões de urgência. Até mesmo porque, em geral, em juízo é mais difícil se obter tais elementos de corroboração do que na fase investigatória, sendo raríssimos os casos em que se produz provas além daquilo que se produziu na fase investigatória. Na prática, a experiência demonstra que a qualidade do material probatório da acusação em geral piora na fase judicial, sendo raras as hipóteses em que há melhora. Portanto, em geral, embora não haja vedação, não é uma boa estratégia para a acusação oferecer denúncia apenas com base nas palavras do colaborador, salvo se situações de urgência justificarem a medida.

9.5. COLABORAÇÃO E REVISÃO CRIMINAL

Interessante questão é se as declarações prestadas pelo colaborador podem, sozinhas, levar à procedência de uma revisão criminal em face de réu já condenado ou, ao contrário, se aqui também demandam corroboração.

A regra legal é que ninguém poderá ser condenado com base na palavra do colaborador. À luz desta disciplina, poderia parecer, à primeira vista, que as palavras do colaborador poderiam, sozinhas, levar à procedência da revisão criminal. Ocorre que referida ação para desconstituir o trânsito em julgado ocorreu, como é óbvio, após o trânsito em julgado de uma condenação e baseada, portanto, em diversos elementos de prova que levaram a uma cognição que afastou qualquer dúvida razoável. Isto, somado ao fato de que o coimputado pode estar buscando assumir a responsabilidade de outro, por diversos motivos, deve-se exigir a corroboração da versão exculpatória apresentada, ainda que por ténues elementos objetivos, de sorte a demonstrar a verossimilhança. Conforme se afirma em geral, é da defesa o ônus da prova na revisão criminal, de sorte que,

prolong detention pending trial. While a suspect may validly be detained at the beginning of proceedings on the basis of statements by pentiti, such statements necessarily become less relevant with the passage of time, especially where no further evidence is uncovered during the course of the investigation".

¹⁴⁷ Em sentido contrário, Mariano Libarona entende que, sozinha, a declaração do imputado não justifica o recebimento da denúncia, sendo necessário que concorram outros elementos ou ecas de convicção que permitam acreditar na sua veracidade, ainda que prima facie (LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado...*, p. 203)

em caso de dúvida, deve ser julgada improcedente.¹⁴⁸ Neste sentido, inclusive, a Suprema Corte Italiana já afirmou que a declaração liberatória de um coimputado - seja que participou do fato ou, ainda, de fato conexo - não pode constituir prova sozinha para justificar um pedido de revisão criminal, sendo necessária a presença de elementos de corroboração.¹⁴⁹

10. CONCLUSÕES

1. A colaboração premiada é instrumental essencial para a persecução penal eficiente das infrações penais praticada por organizações criminosas e delitos correlatos.

2. O legislador tem ressalvas em relação à palavra do colaborador, em especial por dois fatores preponderantes: a sua parcialidade em face dos fatos imputados (o que poderia estimular que fosse testemunha em seu próprio benefício) e por haver o risco de colaborar de maneira mendaz apenas para obter benefícios materiais ou processuais. Para mitigar tais riscos o legislador estabelece filtros ou *safeguards*.

3. O colaborador tem dever relativo de dizer a verdade. Este dever é reforçado nos acordos escritos firmados.

4. Deve ser assegurado o direito ao contraditório aos que forem atingidos pela colaboração, em especial em razão de seu valor heurístico. Para tanto, poderão questionar em juízo o colaborador. Para exercer tal direito, devem ter acesso ao conteúdo do depoimento pertinente ao feito. Em caso de comprovada atividade ilícita do imputado, que com sua conduta criminosa torne irrepetível a prova em juízo, o contraditório pode ser mitigado (contraditório inquinado);

5. A qualidade com que o colaborador será ouvido dependerá de sua relação com os fatos, de acordo com o princípio da graduação. Pode ser ouvido desde imputado-concorrente até como testemunha (quando narra fatos com os quais não participou)

6. A análise feita pelo juiz sobre a palavra do colaborador deve ser em dois âmbitos, sucessivos e autônomos. No aspecto intrínseco, o foco de análise deve

¹⁴⁸ Veja: "Tendo decorrido o devido processo legal, em que o réu teve a oportunidade de se defender dos fatos alegados na denúncia, e transitada em julgado a sentença, o ônus da prova da inocência do condenado recai sobre ele próprio, sendo certo que na dúvida deve prevalecer a decisão acobertada pelo trânsito em julgado, dado que, nesta fase, a vige o princípio in dubio pro societate" (RVC 00008421920044030000, Juíza convocada Sílvia Rocha, TRF3 - Primeira Seção, e-DJF3 Judicial 1, data: 27/05/2011). No mesmo sentido: "O ônus da prova, na revisional, é da defesa, do que decorre não ser possível a desconstituição da coisa julgada em virtude de meras dúvidas" (RVC 00896339020064030000, Desembargador Federal Baptista Pereira, TRF3 - Primeira Seção, DJU data: 05/03/2008 página: 323).

¹⁴⁹ TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale...*, p. 308. A decisão a que faz menção o autor da Suprema Corte é Cass. Sez. I. 4 de abril de 2007, P. In. *Cass. Pen.*, 2008, 2979.

ser o teor da declaração e a pessoa do colaborador (o que declarou e quem declarou) sem qualquer preocupação, neste momento, com a questão da corroboração. No aspecto extrínseco, verificar-se-á se a palavra do colaborador possui ou não elementos de corroboração.

7. A regra de corroboração deve corresponder a elementos de prova extrínsecos e externos ao depoimento prestado, ou seja, dados, provas ou circunstâncias diversas das declarações do colaborador

8. O legislador não estabeleceu o que é necessário para preencher a regra de corroboração - apenas que deve existir corroboração. O juiz, na análise clínica do caso concreto, é que poderá verificar se está ou não preenchida a regra.

9. Qualquer meio de prova pode servir para a corroboração.

10. Não há um número quantitativo ou qualitativo de elementos de corroboração previamente estabelecidos.

11. Os elementos de corroboração não obrigatoriamente dizem respeito ao fato imputado ao delatado, ou seja, ao *thema probandum*. Podem ser dados acessórios, que estão ao redor do fato imputado, e que demonstrem a verossimilhança do quanto foi dito pelo colaborador. No entanto, devem ser fatos ou dados que possuam certa relevância e proximidade com o fato delitivo, ainda que indireta.

12. Os elementos de corroboração não precisam ser autossuficientes, ou seja, a tal ponto exigentes, que, por si só, fossem suficientes para a condenação. Em geral, os elementos de corroboração não possuem aptidão para, sozinhos, levar à condenação.

13. Há uma relação inversamente proporcional entre os aspectos intrínsecos e os extrínsecos da colaboração, a apontar que, quanto mais verossímil a narrativa do colaborador em seu aspecto interno, menos elementos de corroboração serão necessários para o juiz se convencer da verossimilhança.

14. O magistrado deve analisar a confiabilidade complexiva das palavras do colaborador, em face de todo o contexto probatório produzido e à luz do raciocínio abduutivo ou também chamado Inferência para Melhor Explicação.

15. A regra de corroboração exige que haja uma motivação mais explícita, se possível em capítulo próprio da sentença.

16. A regra da corroboração deve ser analisada em seu aspecto objetivo (os fatos narrados) e subjetivo (as pessoas delatadas). No primeiro caso, cada fato deve ser objeto de corroboração. No entanto, nem todo ato que compõe o fato delitivo deve ser objeto de corroboração. No aspecto subjetivo também deve haver corroboração em relação à conduta de cada atingido pela colaboração. Assim, a regra da corroboração deve ser individualizante em relação a cada fato delitivo e a cada autor (embora não em relação a cada ato).

17. A corroboração cruzada não está vedada e pode ser admitida, a depender do caso concreto. Deve o magistrado conferir especial atenção às circunstâncias que indiquem ou não a independência e autonomia entre as versões apresentadas, descartando conluio e acertos criminosos.

18. A regra de corroboração parece se aplicar a qualquer declaração prestada pelo colaborador, independentemente de sua posição em relação ao fato e pelo simples fato de ser colaborador – e, nesta qualidade, declarar em troca de benefícios legais.

19. A regra de corroboração somente é exigível para a condenação. Assim, o magistrado pode se valer das palavras do colaborador para instauração de inquérito, decretação de medidas cautelares e até o recebimento da denúncia. No entanto, quanto mais gravosa a medida, mais exigente deve ser a análise do magistrado. Não se recomenda o oferecimento de denúncia apenas com base na palavra do colaborador, salvo situações de urgência, pois em juízo é muito mais difícil obter elementos de corroboração.

20. Para a procedência da revisão criminal, necessário também que haja corroboração das declarações exculpatórias do colaborador.