

Título: A vedação à menção dos depoimentos prestados na fase de investigação, durante os debates do Tribunal do Júri, no projeto de lei do novo Código de Processo Penal

Nome do Autor: Ythalo Frota Loureiro. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. Introdução

A reforma do Código de Processo Penal (CPP) tem ocorrido ao longo das últimas décadas por meio de leis esparsas que visaram diminuir a baixa capacidade de investigação criminal e a morosidade da justiça, em atendimento ao princípio constitucional da “razoável duração do processo” (art. 5º, inciso LXXVIII). Ocorre que, como se sabe, as últimas reformas não tem sido suficientes para melhorar a gestão da justiça criminal.

Tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8045/2010 (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009) (CÂMARA DOS DEPUTADOS(a)...), que trata da reforma do Código de Processo Penal (CPP). Trata-se de um projeto que nascerá velho, incompleto, desatualizado e problemático.

O projeto é velho, porque adota a mesma metodologia do CPP vigente, ou seja, determina que a prova da investigação criminal, sob a responsabilidade da polícia judiciária, seja repetida ou convalidada na instrução criminal para servir como suporte à decisão. O projeto do novo CPP é o “Código de Processo Penal de 1941 melhorado”, não passa de projeto velho e fossilizado. Neste sentido, o novo CPP não completa a modernidade do processo penal, como se verificou em outros países da América latina.

Na maioria dos países de tradição democrática, seja na América ou na Europa, todas as polícias, sem distinção, são órgãos investigativos de caráter genérico, sob a direção do Ministério Público. Assim, a prova da investigação é de responsabilidade do órgão de acusação. O *procedimento penal moderno* tem uma estrutura básica em três etapas: *juiz de garantias* (supervisão judicial da investigação criminal), *preparação para o juízo oral* (instância de validação de provas) e *juízo oral* (fase de instrução e julgamento). É bem verdade que nem todos os países, com tais sistemas processuais, possuem Tribunal do Júri. Mas, nem por isso, os países que o possuem, a exemplo da Espanha – que contam com o “Tribunal del Jurado” (*Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo*) – deixam de ser classificados como nações de processo penal moderno e eficaz; e conseguem julgar os crimes de homicídio em tempo razoável.

O projeto do novo CPP é desatualizado pois não reproduziu boas práticas do vigente CPP (como é o art. 6º, inciso IX, que determina que a autoridade policial deve “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter”). Foi ignorada parte das reformas processuais realizadas desde 2008 (como é o caso da multa por abandono de causa, art. 265, do CPP, e a citação por hora certa, art. 362). Até mesmo a Lei nº 13.257, de 2016 que determina “colher informações sobre a existência de filhos” de pessoas presas, foi esquecida. A Resolução nº 213, de 15/12/2015, que instituiu a *audiência de custódia*, por determinação do Conselho Nacional de Justiça foi igual ignorada, apesar de o assunto fazer parte de outros projetos de lei, também em tramitação no Congresso Nacional, como o Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que, aprovado em 30/11/2016, foi encaminhado a Câmara dos Deputados. Assim, o projeto do novo CPP, que tramita há anos, não acompanhou a atualização legislativa, as orientações do Conselho Nacional de Justiça e as atuais práticas processuais que possuem algum sucesso e apoio da sociedade.

O novo CPP é problemático, pois introduz matérias inteiramente novas. Por exemplo, a *investigação privada* ou *investigação defensiva*, prevista no projeto (art. 13), não possui regulamentação própria ou regras claras para sua aplicação. Ao mesmo tempo, o projeto não prevê sequer que o Ministério Público possa promover investigações próprias, apesar das reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que autorizam o poder investigatório do Ministério Público (a exemplo da Ação Penal nº 611, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, DJe-241 publicado em 10/12/2014).

Outra inovação sem regras bem definidas é a fase de *deliberações* no procedimento de julgamento pelo Tribunal do Júri, em que os jurados deverão se reunir, por até 1 (uma) hora em sala especial, para discutir o processo (art. 398). O assunto causa estranheza, pois, na verdade, não há deliberação propriamente dita. Os jurados nada decidem ou consentem. Os jurados simplesmente discutem o caso (não ficando claro como se procederá) e deverão votar os quesitos, individualmente, de forma secreta. A inovação causou tanta polêmica, que, no *Relatório Parcial* do projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS(b)...), em tramitação na Câmara, o Deputado Pompeo de Mattos sugeriu a exclusão da fase de *deliberações*, mantendo-se a forma atual do art. 485, do CPP. Ou seja, logo após a leitura dos quesitos, seria, simplesmente, procedida a votação. Contudo, novamente, foi ignorado o real objetivo das *deliberações*, que seria proporcionar aos jurados um tempo para reflexão e para acesso efetivo aos autos.

Neste contexto de *desarranjo jurídico*, o projeto prevê no seu art. 391, inciso III, que “Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: [...] III – aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada.” A redação consta desde o projeto original do Senado Federal e foi enaltecido no Relatório Parcial do Deputado POMPEO DE MATTOS, na seguinte forma:

Acerca dos debates, o art. 391 insere nova vedação às partes, as quais não poderão fazer referências *aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, ressalvada a prova antecipada* (inc. III). Entendemos que a alteração se mostra pertinente, uma vez que a menção aos depoimentos colhidos durante o inquérito policial – procedimento de cunho administrativo e de caráter inquisitivo, poderia influenciar indevidamente a formação do convencimento dos jurados, cujas decisões não se guiam pelo rigor técnico e eventualmente seriam tomadas com base em supostos elementos probatórios que não foram submetidos ao crivo do contraditório judicial. Ademais, registre-se que as partes podem arrolar testemunhas para serem ouvidas em plenário (art. 335 do PL nº 8.045/2010).” (CÂMARA DOS DEPUTADOS(b)..., p. 11)

No projeto de novo CPP, a pretensão é rebaixar a zero o valor probatório dos depoimentos prestados no inquérito policial, na medida em que o art. 168, do atual CPP estipula que: “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação, todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.” A princípio, vedar a menção a depoimentos prestados na fase de investigação possui o indisfarçável objetivo de assegurar que os elementos do inquérito policial, normalmente voltados a responsabilização criminal, não cheguem a esfera de conhecimentos dos jurados, ao menos, durante os debates.

Contudo, isto poderia sacrificar os princípios constitucionais de plenitude de defesa e de contraditório. O dispositivo em nada impediria que os jurados tomassem conhecimento dos elementos de prova produzidos durante a investigação criminal, seja pela menção de tais informações durante a instrução criminal preliminar ou na instrução da sessão de julgamento. Assim, é necessária numa reflexão a respeito do assunto, de modo que, a pretexto de proteger interesses da defesa dos acusados, o legislador não venha estabelecer regras *contraepistêmicas* que, no final, violariam direitos fundamentais.

II. O modelo espanhol (*Tribunal del Jurado*)

Durante os debates do novo CPP, a processualista Ada Pellegrini Grinover defendeu que os membros do Congresso Nacional brasileiro adotassem como modelo o Código de Processo Penal vigente no Chile (*Código de Procedimiento Penal de la República de Chile*, (Ley 19696, de 29/09/2000, modificada até a Ley 20931, publicada em D.O. 05/07/2016). (CÂMARA DOS DEPUTADOS (c)..., vídeo a partir de 30 minutos). Contudo, não existe Tribunal do Júri na legislação chilena. Como bem frisou MARQUES “(...) Dos países latino-americanos de maior relevo e importância, só o Brasil se mantém fiel ao júri. Chile e México, Argentina e Uruguai – para só citar alguns – nada querem com o júri, salvo o México, onde o júri obrigatório tão só para os crimes de imprensa e os crimes políticos. (...)” (MARQUES, 2001, p. 112).

Assim, talvez, o modelo a ser examinado, no caso dos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, seja outro, sem prejuízo das boas disposições processuais que possui a legislação chilena. Deve-se procurar

um país que haja um “júri puro”, em que os veredictos sejam proferidos por jurados. O modelo norte-americano é inviável, dado que o modo de realizar a prática jurídica é do *common law*, baseado em precedentes judiciais. Melhor será procurar por um modelo de “júri puro” nos países em que o sistema judiciário tem se baseado numa concepção romano-germânica do direito, ou seja, fundamentalmente, em atos legislativos. Assim, encontramos como parâmetro as leis processuais penais da Espanha.

Obviamente, não se pretende defender que um ou outro modelo processual seja adotado no Brasil. Na verdade, existem boas razões para entender que nenhum modelo estrangeiro deva ser adotado no país, eis que existem variantes muito diferentes de ordem política, social e comportamental. Contudo, antes de introduzir uma “novidade processual”, advinda de uma legislação estrangeira, o legislador precisa compreender em que contexto tal “novidade processual” se opera no país de origem para projetar como seria aplicada no País.

No caso, a vedação de menção a depoimentos pré-processual é inspirada na ideia de que, no processo penal moderno, o *juiz de garantias* faz a admissão da prova e o *Tribunal* (juiz do julgamento) não tem conhecimento da prova produzida no inquérito policial. Ocorre que, nem mesmo nos países europeus, em que há um “júri puro”, como a Espanha, os jurados ficam completamente alheios a prova produzida na fase de investigação, eis que, como se verá, as partes podem mencioná-la durante a instrução do *juízo oral* para confrontar com as declarações dos depoentes.

A Espanha possui o “Tribunal del Jurado” (*Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*) (ESPAÑA...), que se compõe de nove jurados e um magistrado, modelo semelhante ao caso brasileiro, com competência para julgar os crimes “*Del homicidio (artículos 138 a 140) do del Código Penal*”. A principal tarefa do Júri, na Espanha, é declarar provado ou não provado os fatos criminosos que o magistrado tenha assim determinado como tais. Para tanto, o procedimento adotado é o semelhante daquele previsto na legislação chilena: audiência preliminar de *preparação para o juízo oral* e o *juízo oral*.

Em síntese, a constituição do Tribunal do Júri espanhol se dá a partir do *juízo oral* e adota as seguintes etapas e regras básicas:

1. Início da sessão: se inicia com a presença de, pelo menos, 20 (vinte) dos candidatos a jurado convocados;

2. Entrevista dos jurados: o magistrado e as partes entrevistam os candidatos a jurados sobre eventual caso de incapacidade, incompatibilidade, proibição ou escusa prevista em lei;

3. Seleção dos jurados: são selecionados nove jurados e outros dois como suplentes. As partes podem recusar, em conjunto, até quatro sorteados sem alegação de motivo (recusa imotivada). Logo depois os jurados ficam de pé e o magistrado tomam-lhe o compromisso: “Juram ou prometem desempenhar bem e fielmente a função de jurado, com imparcialidade, sem ódio nem afeto, examinando a acusação, apreciando as provas e resolvendo se são culpados ou não culpados dos delitos objeto do procedimento os acusados..., assim como guardar segredo das deliberações?” (tradução nossa do *Artículo 40, 5.1.*, da *Ley Orgánica 5/1995*). O jurado deve responder: “sim, juro” ou “sim, prometo” (tradução nossa do *Artículo 40, 5.1.*, da *Ley Orgánica 5/1995*);

4. Alegações prévias das partes: é realizada leitura dos escritos das partes e, logo em seguida, as partes declaram suas conclusões prévias sobre a acusação e a defesa;

5. Produção da prova no *juízo oral*: o magistrado e as partes perguntam diretamente às testemunhas, aos peritos e aos acusados, enquanto que os jurados podem dirigir perguntas escritas, através do magistrado; os jurados deverão ver, pessoalmente, os documentos, papéis e demais peças de convicção. Importante frisar o que dispõe o *Artículo 46.5*, da *Ley Orgánica 5/1995*, o qual assegura às partes interrogar o acusado, as testemunhas e os peritos sobre as contradições que estimem existirem entre o manifestado no *juízo oral* e o declarado na fase de *preparação ao juízo oral* (ou seja os depoimentos pré-processuais aceitos pelo *juiz de garantias*). Assim, mesmo no processo penal espanhol (entendido como *processo penal moderno*), é assegurado às partes que a credibilidade dos depoentes seja auferida através de um método que consiste comparar as declarações prestadas na fase pré-processual com o que foi dito na fase judicial;

6. Conclusões definitivas: logo após a produção das provas, as partes poderão ratificar ou modificar suas alegações prévias e façam a valoração da prova e a qualificação jurídica dos fatos;

7. Dissolução do júri: a) uma vez concluída as alegações da acusação, o magistrado poderá determinar, de ofício ou a pedido da defesa, a dissolução do júri se entender que o juízo oral não resultou na existência de prova que possa fundamentar a condenação do acusado. O magistrado ainda poderá decidir que a inexistência da prova somente afeta alguns fatos e poderá determinar que não há lugar para emitir veredicto com relação a tais fatos; b) as partes poderão decidir pela dissolução do júri, caso a defesa concorde com as imputações, mas, neste caso, a pena não poderá exceder a seis anos de privação de liberdade, isolada ou cumulativamente; c) o Ministério Público e as demais partes acusadoras, em suas alegações definitivas, poderão desistir da petição de condenação do acusado, caso em que o magistrado dissolverá o júri e absolverá o acusado;

8. Determinação do objeto do veredicto: não sendo o caso de dissolução do júri, o magistrado formulará os quesitos que os jurados deverão julgar se os fatos delitivos foram provados ou não provados e julgar se o acusado é culpado ou não culpado. O magistrado deverá entregar, por escrito, os quesitos aos jurados, explicando-os cuidadosamente, sem fazer alusão alguma a sua própria opinião, mas, de qualquer modo, deverá esclarecer as dúvidas dos jurados;

9. Deliberação e veredicto: os jurados deverão se retirar a sala destinada a deliberação. O presidente dos debates deverá ser o jurado que foi primeiro sorteado e os jurados deverão eleger o porta-voz. As deliberações serão realizadas a portas fechadas e os jurados ficarão incomunicável. Os jurados poderão solicitar novas explicações ao juiz, que as fará em audiência pública. Depois de dois dias do início das deliberações, o juiz deverá convocar para novas explicações. A votação será nominal, em voz alta e em ordem alfabética, votando por último o porta-voz. Nenhum jurado poderá se abster de votar. Quando se tratar de fatos contrários ao réu, são necessários sete votos para serem declarados provados, quando forem favoráveis ao réu, bastarão cinco votos. O magistrado determinará que os jurados voltem às deliberações, caso não tenham se pronunciado sobre todos os fatos, não se tenham se pronunciado sobre a culpabilidade do acusado, caso os pronunciamentos tenham sido contraditórios, no caso em que alguma das votações não tenha alcançado a maioria necessária ou tenha ocorrido algum defeito relevante no procedimento de votação ou deliberação. O magistrado poderá dissolver o júri, após a terceira devolução da ata, em que persistirem os defeitos e não tenha sido alcançado a maioria dos votos. Alcançando o resultado, a ata de votação será lida pelo porta-voz em sessão pública, ocasião em que se cessará a função dos jurados.

É importante ressaltar que, no sistema espanhol, os jurados fundamentam os veredictos, indicando, quando possível, os meios de prova que serviram para formar sua convicção, por se tratar de exigência legal e constitucional. O art. 61.1.d, da Lei do “Tribunal del Jurado”, determina que esteja consignado na ata de votação uma “sucinta explicação das razões pelas quais foram declarados ou rechaçados determinado fatos como provados.” (tradução nossa). Como ensinam Vale e Santos:

[...] Do jurado não se espera uma decisão de estrita juridicidade, de seus membros não se exige que apliquem ou expliquem o direito, ou que realizem especulação jurídica alguma para avaliar a coerência de sua decisão. Esta exigência é absolutamente estranha à origem da instituição, e só pode justificar-se como um mandamento constitucional que exige a motivação dirigida aos juízes (artº. 120.3 da Constituição Espanhola. [...]) (VALE e SANTOS, 2017, p. 218-219)

No procedimento espanhol, existem diferenças fundamentais em relação ao que prevê o projeto do novo CPP: a) as partes podem entrevistar os jurados; b) a prova para as conclusões definitivas é realizada perante os jurados, em sessões preferencialmente subsequentes, oportunidade em que as partes podem mencionar os depoimentos prestados na fase pre-processual para confrontar as informações prestadas pelas testemunhas; c) os jurados deliberam em sessão secreta, sem a presença do juiz e das partes, daí ensejando uma decisão; d) os jurados votam de forma nominal e em voz alta, contudo os veredictos permanecem secretos, eis que os jurados assumem o compromisso de velar pelo sigilo das deliberações; e) o resultado dos veredictos é lido por um porta-voz; e f) os veredictos são fundamentados, de forma sucinta, na ata de votação. A vedação de menção a depoimentos da fase extrajudicial não é encontrada no sistema processual de países de tradição democrática.

III. A menção da sentença de pronúncia e o valor probatório do inquérito policial no atual CPP

O atual CPP, no seu art. 478 (redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008), estipula a vedação de referências, durante os debates, à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; e ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Houve dúvidas quanto a constitucionalidade do art. 478, inciso I, do CPP. Como se sabe, o art. 472, parágrafo único, do CPP, determina que, logo após o compromisso, jurado receberá “cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo”. O art. 480, §3º, do CPP, assegura aos jurados acesso aos autos e aos instrumentos do crime. Os jurados terão pleno acesso à pronúncia e aos elementos probatórios. Assim, é contraproducente que as partes não possam fazer menção aos documentos que compõem os autos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitem as referências à pronúncia quando não são utilizadas como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado. Sem prejuízo, não se reconhece nulidade, conforme previsto no art. 563, do CPP. (STF: RHC 120598, DJe 03/08/2015; e HC 127307 AgR, DJe 21/06/2016; e STJ: AgRg no REsp 1444570/SP, DJe 19/03/2015; e AgRg nos EAREsp 300.837/SP, DJe 05/05/2015).

Esta solução, se não agradou, resolveu a controvérsia em favor do controle judicial, caso a caso, através do poder de polícia do juiz-presidente do Tribunal do Júri, na forma do art. 497, incisos I e III, do CPP, que assegura ao juiz togado as atribuições de “regular a polícia das sessões e prender os desobedientes”; e de “dirigir os debates, intervindo em caso de abuso, excesso de linguagem ou mediante requerimento de uma das partes”.

Diante deste entendimento judicial, existe a possibilidade de que, caso aprovado o projeto do novo CPP, seja relativizada a vedação à menção dos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, nos mesmos termos. Ou seja, os depoimentos prestado na investigação policial poderiam ser mencionados conquanto não sejam utilizados como argumento de autoridade a beneficiar ou prejudicar o acusado.

Isto seria, no mínimo, problemático, pois, dificilmente, as partes mencionariam tais depoimentos se não fosse com o objetivo de demonstrar aos jurados que tais depoimentos sustentam ou rechaçam teses jurídicas, que possam beneficiar ou prejudicar o réu. O dispositivo não-permissivo estaria sempre sob interpretação conforme o caso. Portanto a regra seria a vedação, enquanto que a exceção deveria ser aplicada com bastante parcimônia para não desvirtuar a norma. Como bem destacou Pacelli (2016):

Superadas as crenças positivistas da onipotência ou da divindade legislativa, não há mais lugar para o *dura lex sed lex*. Nem todo vício procedimental compromete o exercício da ampla defesa ou perturba de algum modo a idoneidade da decisão judicial. Exatamente por isso nem sempre deve ser declarado e afirmado o erro ou vício que não tiver influência no devido processo. (...) Nesse âmbito, porém, nem tudo são flores, bem se sabe. A questão do *prejuízo* e, mais especificamente, o ônus de sua demonstração costuma descambar para a prova *diabólica*, isto é, aquela que não pode ser realizada. (PEREIRA, 2016, p. 105)

A real dificuldade é fazer com que os operadores do direito compreendam o valor probatório do inquérito policial. Para o projeto, os depoimentos prestados em sede de inquérito policial teriam nenhum valor para formação da convicção dos jurados, na medida em que não são realizados sob o contraditório judicial. Ainda que o depoimento fosse realizado na presença de advogado ou mesmo produzido pela própria defesa do investigado, as informações dele não teriam validade como prova a ser utilizada em sentença judicial.

Não se ignora, como bem frisa Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 158), que os elementos colhidos em sede de inquérito policial devem acompanhar a ação penal tão somente para justificar ou não o recebimento da acusação, eis que esta é sua “função endoprocedimental” (2016, p. 158). Contudo, como bem ressaltou BONFIM (2012, p. 40), “(...) se vale para a acusação a ressalva de que todo o cuidado com o inquérito policial é

imprescindível (...) no julgamento, serve a observação de que, também para a defesa, tal peça não é ‘simples investigação’, mero ‘procedimento administrativo’, mas, contrariamente, pode mesmo se configurar em elemento probatório da mais alta valia, mesmo decisório, quando do plenário do júri.”. Tratam-se duas formas opostas de encarar o valor do inquérito como instrumento de *desvelamento* da verdade, que é, frequentemente, utilizado pelas partes (acusação e defesa) para sustentar ou rechaçar teses jurídicas perante o Tribunal do Júri.

Não é raro ver, em sessões de julgamento pelo Júri, a defesa mencionar, de forma reiterada, depoimentos prestados em sede de investigação policial para sustentar as teses defensivas. É um equívoco sustentar que apenas os membros do Ministério Público e os assistentes da acusação utilizam os depoimentos prestados na fase de investigação como elementos de convicção. Pelo contrário, é bastante comum que advogados e defensores públicos indiquem as provas produzidas na investigação pré-processual como elementos de convicção, mesmo quando não submetidas ao contraditório, pois à defesa interessa desconstruir o caminho da investigação para apontar outros autores da infração penal e para sugerir outras narrativas processuais, inclusive para comparar as informações da investigação com as provas produzidas durante a instrução judicial.

A doutrina não consegue ignorar que o art. 155, do CPP, determina 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Contudo, já decidiu o STJ que “A regra ínsita no art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos oriundos da fase inquisitorial possam servir de fundamento à sentença, desde que outros elementos colhidos na fase judicial corroborem tal entendimento. (...) Além disso, às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são assegurados o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Não se exige motivação das decisões do Conselho de Sentença que são embasadas na íntima convicção ou certeza moral dos jurados.” (HC 232.232/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013). No mesmo sentido: STJ, HC 228.795/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 517.583/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014; e AgRg no REsp 1477395/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016.

Da mesma forma, já decidiu o STF que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE 425.734-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie), e é válida a “prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial” (HC 82.622/SP, Rel. Min. Carlos Velloso) (julgados citados no HC 114592, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, Dje-057, publicado em de 26/03/2013).

De modo mais explícito, o STJ já entendeu que “(...) não havendo uma exposição dos fundamentos utilizados pelo Conselho de Sentença para se chegar à decisão proferida no caso, é impossível a identificação de quais provas foram utilizadas pelos jurados para entender pela condenação ou absolvição do acusado, o que torna inviável a constatação se a decisão baseou-se exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial ou nas provas produzidas em juízo, conforme requerido na impetração. (HC 175.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011). No mesmo sentido: HC 216.959/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012.

Na atual quadra legislativa, doutrinária e jurisprudencial é impossível ignorar o valor probatório do inquérito policial. Como já se viu, uma nova realidade poderá ser inaugurada com o novo CPP, ao vedar a utilização de provas da fase de investigação não submetidas ao contraditório judicial. Contudo, ainda assim, haverá graves dificuldades ao exercício da defesa, em especial, nos procedimentos de competência do Júri.

III. Violação aos princípios da plenitude de defesa e de contraditório

A proibição de menção a depoimentos prestados no inquérito policial será uma regra que visa a preservação de interesses especialmente tutelados e que colabore para decisões pretensamente justas. Se este é o

discurso usual utilizado pelos que defendem a inovação, é preciso conceber como, de fato, a regra seria interpretada na prática judiciária, mesmo sob a ótica do novo projeto de CPP.

Como ensina o processualista italiano Taruffo (2016, p. 161), “em todos os ordenamentos processuais há normas que influem na disciplina das provas, fazendo prevalecer razões não epistêmicas ou contraepistêmicas (determinadas por escolhas ideológicas em sentido lato) sobre regras e métodos que seriam epistemologicamente válidos, já que funcionais à apuração da verdade.” Em síntese, existe um conflito entre a necessidade de apurar a verdade e a de tutelar valores *não epistêmicos*, como seria o caso dos direitos constitucionais de plenitude de defesa e de contraditório. Tal conflito, *a priori* verdadeiro, pode levar, em alguns casos, a violação reflexa dos valores a serem tutelados.

O principal defeito da regra que veda a menção a depoimentos extrajudiciais é que foi concebida em um contexto processual que em nada lembra o processo penal moderno adotado em países como Chile, em que os elementos da investigação processual não integral o *juízo oral*, de modo que o *juiz de garantias* veda que o *Tribunal* tenha conhecimento dos depoimentos produzidos em sede de investigação. Apenas, de forma tímida, o projeto do novo CPP determina que, no seu art. 166, que o “juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.” Contudo, não há um procedimento muito claro a respeito deste assunto, enfim, não se sabe ao certo quando e como o juiz poderá proceder a exclusão de provas ilegais, impertinentes, irrelevantes ou protelatórias. No processo penal do Chile, como por exemplo, isto se dá na fase de *preparação para o juízo oral*, que no final expedirá o *auto de abertura do juízo oral*.

O projeto do novo CPP prevê que o investigado, seu defensor e mandatários com poderes expressos, poderão “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (art. 13). A iniciativa probatória da defesa poderá ser denominada de *investigação criminal privada, investigação criminal do investigado ou investigação criminal defensiva*. Consiste no poder que o investigado, seu defensor e mandatários terão de produzir provas, inclusive testemunhal. O projeto somente não explica como se dará estas iniciativas. No caso de homicídio, é possível imaginar que, sob o pretexto de produzir provas, o suspeito de crime, seu advogado e mandatário poderão, simplesmente, procurar possíveis testemunhas e conversar com elas, o que, por si só, poderá ser encarado como intimidação, embaraçando a investigação. O novo CPP sequer dar regramento mínimo a esta busca por fontes de prova em favor da defesa, nem mesmo que diligência levada a cabo pelo investigado poderá ou não exceder o prazo de conclusão do inquérito policial.

De qualquer modo, impressiona também que os elementos de prova produzidas pela defesa não possam ser mencionados durante os debates do Tribunal do Júri, mesmo quando se tratem de informações importantes.

Segundo Bulos (2005, p. 248-249), a “plenitude de defesa assenta-se na possibilidade de o acusado se opor ao que contra ele se afirma. Trata-se de uma variante do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) [...] A defesa deve ser plena porque é dado ao acusado o direito de expor suas razões com real igualdade, sejam quais forem elas. [...] Isto não significa oportunidades ou prazos ilimitados, porque o acusado também está obrigado a cumprir o que a lei determina [...]”. Por sua vez, o “conteúdo do princípio constitucional do contraditório é sobejamente claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes.” (BULOS, 2005, p. 301).

Não há dúvidas de que os depoimentos colhidos na fase de investigação criminal, quando não submetidos ao contraditório, impossibilitam a plenitude de defesa. De outra parte, os depoimentos produzidos pela defesa, que não são repetidos sob o pálio do contraditório, inviabiliza que a acusação confronte as informações prestadas pela pessoa inquirida pela defesa, até porque dificilmente se saberá sob quais condições o depoimento fora produzido e se o seu conteúdo se sustentaria após algumas indagações da acusação.

Ainda assim, podem existir circunstâncias bastante perniciosas à defesa, como seria o caso de um depoimento capital que poderia levar a absolvição que, por circunstâncias alheias a vontade da defesa, não pôde ser repetido durante a instrução judicial. No caso de falecimento e desaparecimento da pessoa, a defesa restaria prejudicada e o processo judicial poderia resultar na condenação do réu, na impossibilidade da defesa mencionar um depoimento prestado na fase policial, não submetido ao contraditório.

Para aqueles que defendem a verdade como elemento contingencial e que o juiz deve construir seu convencimento nos limites do contraditório e do devido processo penal (como é o caso de Lopes Júnior, *in* PEREIRA, 2016, p. 78), seria muito penoso arriscar a solução de uma controvérsia criminal, quando é vedado à defesa mencionar durante os debates uma prova produzida pela própria defesa que não pôde ser repetida durante a instrução criminal. Os defensores desta modalidade de *verdade processual* diriam que se trata do custo a ser pago numa democracia. Mas, não precisa ser assim. Como mencionou Dworkin (2016, p. 91), “É desconcertante que nos digam para não nos preocuparmos com a verdade quando é exatamente ela que nos preocupa.” No sistema de julgamento pelo Tribunal do Júri a *verdade como correspondência aos fatos* é ainda mais convincente. Como defende Taruffo (PEREIRA, 2016, p. 250), a verdade desenvolve uma função essencial no processo. Taruffo (PEREIRA, 2016, p. 247) afirma que a verdade é um valor fundamental da democracia, que não existe sem o princípio de verdade na relação entre poder e cidadania.

Não se trata de perseguir a verdade real, pois ela é impossível de ser obtida, eis que o “crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário”, como bem afirmou Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 70). Por outro lado, é difícil concordar com Lopes Júnior (PEREIRA, 2016, p. 79), ao defender que apenas a *verdade formal ou processual* é legítima, pois atenderia ao ritual judiciário. Como bem ressaltou Taruffo (2016, p. 19), na Idade Média baixa, para assegurar a importância dos ordálios (quais, sejam, o *duelo judicial*, a *prova d’água*, a prova do *caldeirão fervente*, a prova do *ferro incandescente*, a prova do *fogo*, e as diversas versões dessas técnicas fundamentais), o que legitimava sua aceitação era justamente o cumprimento de rituais. Como ensinou Taruffo (2016, p. 19), “Eram previstos procedimentos específicos e muito detalhados para a celebração dos ordálios: a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que delas derivava.” Assim, até mesmo os *ordálios* seriam aceitados como verdadeiros na doutrina professada por aqueles que defendem que a verdade é sempre contingencial.

A verdade não é formal ou real, ela é simplesmente verdade. Como ensina Taruffo (2016):

[...] não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo (...) a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade <<processual>> e verdade <<real>> carece de fundamento. (TARUFFO, 2016, p. 107)

Em síntese, para os jurados não importa que as provas sejam produzidas na fase de inquérito policial ou na fase de instrução judicial. A última baliza dos jurados é a verdade. Os jurados sabem distinguir o valor probante de um depoimento prestado em sede policial e outro produzido sob o pálio do contraditório. Em verdade, os jurados costumam dar uma atenção especial aos depoimentos prestados na fase de investigação, quando acompanhados por advogado e quando é dada oportunidade à defesa produzir provas, ainda na fase pré-processual. Obviamente, os jurados são capazes de entender o contexto em que tais provas são produzidas e que, a partir de uma acusação formal, a defesa pode ter traçar novas estratégias defensivas, mas, de qualquer modo, parece incoerente e contraproducente ignorar elementos produzidos na fase de investigação quando há participação da defesa na investigação criminal, assegurado uma espécie de contraditório pré-processual.

Ademais, os jurados estão bem menos propícios a pré-julgamento quando comparados aos magistrados. Como bem ressaltou Pacelli (PEREIRA, 2016, p. 90), ao comentar a teoria da *dissociação cognitiva*, os juízes profissionais tendem a “confirmar sua impressão inicial obtida no ato de recebimento da denúncia” e tendem a aceitar “a credibilidade de competência funcional dos membros do Ministério Público, de modo a se limitarem a ratificar os oferecimentos de denúncia.” (PEREIRA, 2016, p. 90). O mesmo não ocorre com os jurados, eis que não possuem atividade decisória antes da sessão de julgamento e, normalmente, tomam conhecimento das narrativas processuais e das provas quando da sessão, que se desenvolve em poucas horas. O tempo de se associar a atividade de alguma das partes é muito pequeno, de modo que a possibilidade de pré-julgamentos é ainda menor em comparação ao juiz togado.

É verdade que, no júri, a atividade de julgar é completamente distinta da praticada pelo juiz togado. Além de metodologia diversa, o objetivo do Tribunal do Júri é solucionar a controvérsia através de julgamento em que a íntima convicção e a certeza moral são as balizas mais preponderantes. O processo de interpretação é basicamente filosófico e a compreensão é fenomenológica. Não se desconhece que, conforme ensina Luiz:

Não se compreende qualquer coisa ou situação em forma de *tábua rasa*, ou seja, não há como apreender uma realidade fora do tempo e espaço em que se vive, fora da tradição em que estão os sujeitos envolvidos. Da mesma forma, não há como em cada nova situação, esquecer-se, esvaziar a consciência, das experiências anteriores. A condição de possibilidade para se compreender qualquer situação é justamente a existência de meios preliminares de abordá-lo. O ato de interpretação nunca está desligado do passado, como se estivesse preso dentro do presente. (LUIZ, 2013, p. 89)

Em outros termos, os jurados interpretam e decidem baseado em um mundo comum compartilhado (*tradição*), em que eles se reconhecem como pessoas em face dos outros. Não há dúvidas de que os jurados possuem *pré-compreensão* (pré-conceitos), mas esta é colocada a prova, constantemente, no movimento de “ir e vir do círculo hermenêutico, através da abertura de horizonte possibilitada pela fusão ocorrida no primeiro processo, que gerará um novo ponto de partida (uma nova pré-compreensão).” (LUIZ, 2013, p. 90).

vedar a menção aos depoimentos da fase investigativa poderá ser problemático, quando se tratar de indicar, nos debates, as provas produzidas em instrução processual. Frequentemente, as partes mencionam os depoimentos do inquérito policial para confrontar com o que os depoentes informam perante o juiz e os jurados, seja na fase de instrução preliminar, seja na sessão de julgamento pelo júri. Será muito tentador às partes argumentar sobre a credibilidade de depoentes pelo que foi dito em sede policial e em sede judicial. A defesa poderá até se queixar que deixar de falar sobre o que foi declarado na fase de investigação seria violação ao direito à plenitude da defesa e o legislador errou em vedar às partes mencionarem sobre os depoimentos prestados na fase pré-processual.

Ainda pior será a situação em que, aprovada a fase de deliberações ou um determinado tempo para que os jurados possam refletir sobre as provas que constam nos autos, o jurado leia os depoimentos prestados no inquérito policial e tome sua decisão com base nestes documentos, sem orientação das partes. Como já dito, o atual CPP, no seu art. 480, §3º, prevê que “Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumento do crime se solicitarem ao juiz presidente.” O projeto do novo CPP, no seu art. 393, §3º, traz uma redação quase idêntica: “Os jurados terão acesso aos autos e aos instrumento do crime se solicitarem ao juiz presidente.” Seria cômico, se não fosse trágico, pensar que as partes, proibidas de mencionar os depoimentos prestados na investigação criminal, tenham que sugerir que os jurados leiam os depoimentos prestados no inquérito policial para tirar suas próprias conclusões.

Para que seja rechaçada qualquer dúvida, no art. 37, do projeto, consta que os “autos do inquérito”, quando concluídos, serão remetidos ao Ministério Público. Já o art. 264 estabelece que a formação do processo se inicia com a distribuição da ação penal, que, obviamente deverá ser acompanhada com os “autos do inquérito”, sem os quais não será possível o recebimento ou a rejeição liminar da denúncia ou da queixa. Sendo assim, com o recebimento da denúncia, os “autos do inquérito” se transmutam em “autos do processo”. Não há uma divisão explícita entre “autos do inquérito” e “autos do processo”, até porque, como visto no art. 168, do projeto, o juiz poderá firmar sua convicção através de provas cautelares, de provas não repetíveis e de provas antecipadas, produzidas na fase de investigação pré-processual.

IV. Síntese dogmática da proposição e proposta de enunciado

A vedação de menção aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal durante os debates, conforme previsto no Projeto de Lei nº 8045/2010 (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009), que trata da reforma do Código de Processo Penal (CPP), viola os princípios constitucionais da *plenitude de defesa*, do *devido processo legal adjetivo* e do *contraditório* (art. 5º, incisos XXXVIII, alínea a, LIV, e LV, da Constituição Federal de 1988) na medida em que impossibilita que as partes possam fazer referências às provas do inquérito policial que beneficiem ou prejudiquem o acusado; inviabiliza o resultado do exercício de prerrogativas probatórias previstas em lei, como o confronto das informações prestadas pelas testemunhas na investigação criminal e na instrução judicial; e pode estimular que jurados decidam com base em depoimentos extrajudiciais, sem orientação das partes, uma vez que o art. 480, §3º, do CPP, assegura aos jurados acesso integral aos depoimentos prestados na investigação criminal. Por fim, cabe estabelecer que, sendo assegurada a

defesa a oportunidade de mencionar os depoimentos prestados na fase policial, à acusação também deverá ser assegurada a oportunidade de contradizer elementos probatórios da fase pré-processual, em especial, as provas produzidas pela defesa, em respeito ao princípio de *paridade de armas*.

V. Referências

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri: do inquérito ao plenário**. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS(a). **Projeto de Lei nº 8045/2010**. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> acesso em 15/06/2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS(b). **PARECER do Relator Parcial, PRP 2 PL804510, pelo Dep. Pompeo de Mattos**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 15 jul. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (c). **PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Audiência Pública realizada em 12 jul. 2016**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=zdPEaxoCFBU>>. Acesso em 15 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

ESPAÑA, Gobierno de. Ministério de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Agencia Estatal – Boletín Oficial del Estado. **Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado**. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-12095>>. Acesso em 15 jul. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva jus, 2017.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Leorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MARQUES, Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Campinas/SP: Ed. Millennium, 2001.

PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.) **Verdade e Prova no Processo Penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 jul. 2017.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VALE, Ionilton Pereira; e SANTOS, Teodoro Silva dos. **O Tribunal do Júri no Contexto dos Direitos Humanos: análise da instituição à luz das convenções internacionais de direitos humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.