

Por que “depoimentos” em delegacia não podem ser usados em juízo?



É cada vez mais comum a utilização das expressões

“declaração na fase inquisitória” e “declaração na fase judicial”. O adjetivo é muito mais do que o lugar em que as “declarações” são prestadas. Significa o modo e a finalidade com que são produzidas. Isto porque a partir da notícia de possível crime, o Estado precisa realizar a apuração *preliminar* com o fim de levantar elementos mínimos de *materialidade* e indícios de *autoria*. Do contrário, corre-se o risco de se iniciar a ação penal sem elementos mínimos. A função da investigação preliminar é a de levantar elementos de materialidade e autoria da conduta criminosa (meios probatórios, informantes, testemunhas, perícias, documentos, etc.), justificando democraticamente a instauração de ação penal (CPP, artigo 12), ou seja, para que o jogo processual possa ser iniciado a partir da autorização do estado-juiz (recebimento motivado da denúncia e/ou queixa crime).

Para instauração de ação penal é necessária a existência de justa causa (elementos de materialidade e autoria) a ser aferida por investigação e/ou documentos preliminares. De regra, realiza-se por Inquérito Policial (CPP, artigo 4º e seguintes), o qual é procedimento administrativo, não jurisdicional, a cargo da Polícia Judiciária — Estadual ou Federal (artigo 144, parágrafo 4º, CF), submetido aos princípios da administração pública (legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência — CF, artigo 37) [1]. Evita-se que a ação penal possa ser instaurada como aventura processual, dado que o simples fato de ser acusado já *etiqueta* [2] o sujeito para todo o sempre, mesmo que absolvido ao final. De sorte que é necessário o controle, por parte do Judiciário, dos requisitos para o exercício da ação penal.

Dai que durante a fase anterior à ação penal executam-se “atos de investigação”, desprovidos da garantia de Jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros. Os depoimentos das vítimas e das testemunhas, embora sigam as regras do CPP, no que couber, são tomados pela autoridade policial sem a presença do Ministério Público e da Defesa. A destinação dos “atos de investigação” é a de servir de sustentáculo para o recebimento da ação penal. Nem mais, nem menos. São declarações produzidas sem contraditório. Logo, não podem ser qualificadas como “atos de prova”.

Dito de outra forma, em relação à validade dos elementos colhidos no Inquérito Policial, diante de suas peculiaridades (sem garantia da Jurisdição, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Motivação dos Atos),



cabe distinção: a) em relação às provas periciais o contraditório será diferido, a saber, no decorrer da instrução processual os jogadores poderão impugnar os laudos, pareceres, perícias, inclusive requerendo esclarecimentos e sua renovação; b) no tocante aos depoimentos testemunhais a renovação é obrigatória. Cuida-se de mero ato de investigação, sem que o indiciado tenha participado da produção das informações, nem mesmo controlada pelo Estado Juiz.

A validade, portanto, é somente para análise da justa causa e cautelares pré-jogo, como explica Aury Lopes Jr: “O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como atos de investigação e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93, da nossa Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação.”[3]

Fazendo um paralelo com a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar, não resta muita dúvida que as declarações tomadas de maneira inquisitorial, durante a apuração preliminar, não servem de elemento probatório posterior, conforme reiterada jurisprudência (STF MS 22.791 e STJ MS 7.983). Devem ser renovadas, sob o crivo do contraditório.

Assim, como passe de mágica, em uma leitura obtusa do art. 155 do CPP, não se pode *requer* os depoimentos prestados à autoridade policial porque violam o contraditório na produção da prova, com o qual já defendemos uma noção de amor ao contraditório ([aqui](#)). É o mesmo que tornar irrelevante a Jurisdição, ou seja, se os depoimentos antes valem, qual o sentido de se renovarem em juízo? Justamente porque antes não havia acusação formalizada e a acusação e defesa não podem sequer perguntar. A partir do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), as declarações realizadas durante a investigação preliminar para fins de condenação são um nada probatório. E esta variável deve ser considerada, pois há julgadores que acolhem.

Simples assim e muitos não param para sequer pensar, no desejo de condenar, prenhe de deslizamentos imaginários decorrentes da assunção da concepção de Verdade Real, tão bem criticada por Salah Khaled Jr ([aqui](#)), sem falar na violação do devido processo legal substancial ([aqui](#)).

Provavelmente uma das maiores conquistas do processo penal democrático seja a garantia de ser ‘julgado com base na prova’, ou seja, com base nos elementos produzidos em juízo, a luz do contraditório e demais garantias constitucionais processuais. Prova é o que se produz em juízo. O que se faz no inquérito são meros atos de investigação cuja função endoprocedimental os limita a servir como base para as decisões interlocutórias da investigação (prisões cautelares, quebra de sigilo bancário, interceptações telefônicas etc.) e para a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. Não mais do que isso, como regra (claro que a exceção são as provas técnicas irrepitíveis e aquelas produzidas antecipadamente através do respectivo incidente judicial). Os atos do inquérito não se destinam a forma a convicção do julgador sobre o caso penal, mas apenas indicar o *fumus commissi delicti* para a formação da *opinio delicti* do acusador e a decisão de recebimento/rejeição.

É por isso que há mais de uma década sustentamos a “exclusão física dos autos do inquérito”[4], como a única forma de assegurar a ‘originalidade’ dos julgamentos, ou seja, de que alguém será julgado com base na prova judicialmente produzida e em contraditório pleno. Também é o único mecanismo eficiente

para evitar os falaciosos julgados do estilo: “cotejando a prova judicializada com os elementos do inquérito”, ou “a prova judicializada é corroborada pela prova produzida no inquérito”. Sempre que um juiz usa a fórmula mágica do ‘cotejando’ ou do ‘corrobora’, o que ele está dizendo é: não tenho prova judicializada com suficiência para condenar, mas como o quero fazer, preciso recorrer aos elementos produzidos na inquisitorialidade do inquérito.

Dessarte, tecnicamente os elementos do inquérito não são ‘provas’ e, portanto, não servem para legitimar uma condenação. Ademais, posteriormente em juízo, essa “prova” (*rectius* atos de investigação) não serão ‘repetidos’, senão ‘produzidos’. É um equívoco falar em ‘repetição’ se compreendermos que a prova é originariamente produzida no processo e em contraditório. O que se fez na fase pré-processual, não é prova. O contrário é desamor ao contraditório e condenações com a insígnia do autoritarismo que tocaia o processo penal brasileiro, ainda.

[1] STF, ED.Caut. MS 25.617-6/DF, rel. Min. Celso de Mello: “... a unilateralidade desse procedimento investigatório não confere ao Estado o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias – como a prerrogativa contra a auto-incriminação – que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais: (...) O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.”

[2] BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[3] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

[4] Desde nossa primeira obra “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”, publicada em 2001. Atualmente o tema é tratado nos livros “Investigação Preliminar” e “Direito Processual Penal”, ambos publicados pela Editora Saraiva.