

**IRREPETIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL EM SEDE
POLICIAL NO ÂMBITO DO JUÍZO DE GARANTIAS: UMA ANÁLISE
TEÓRICA E PRÁTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ART. 3º-C, §
3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O APERFEIÇOAMENTO
DA COLHEITA DAS PROVAS**

**NON-REPETITIVENESS OF WITNESS TESTIMONY IN POLICE
PROCEEDINGS WITHIN THE SCOPE OF THE JUDGE OF
GUARANTEES: A THEORETICAL AND PRACTICAL ANALYSIS ON
THE INTERPRETATION OF ART. 3-C, § 3, OF THE CODE OF
CRIMINAL PROCEDURE AND THE IMPROVEMENT OF EVIDENCE
COLLECTION**

Frederico Malard de Araujo*

RESUMO

Este trabalho examina a prova testemunhal, sob a ótica da atualização do processo penal brasileiro, com a Lei nº 13.964/2019. Analisa-se o enquadramento da prova testemunhal, na previsão legal do art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, que permite o envio das provas irrepitíveis produzidas no inquérito policial ao juízo encarregado do julgamento da causa. Além disso, mostra a fragilidade material e científica das interpretações que afastam os testemunhos produzidos no inquérito do contraditório judicial. Por fim, fornecem-se ideias para aprimoramento da colheita e produção da prova testemunhal, de modo a torná-la mais confiável, rejeitando teses que desejam sua retirada completa da análise do julgador.

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Anticorrupção pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Participante do Grupo de Estudos sobre Prova em Processo Penal da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes (EJEF). *E-mail*: fredmalard@gmail.com.

Palavras-chave: prova testemunhal; juiz das garantias; irrepetibilidade; inquérito policial; ação penal; colheita da prova.

ABSTRACT

This work examines the testimonial evidence, from the perspective of updating the Brazilian criminal procedure, in line with the Law nº 13.964/2019. The framework of the testimonial evidence is analyzed, in accordance with the legal provisions of art. 3º-C, § 3º, of the Criminal Procedure Code, which allows the sending of unrepeatable evidence produced in the police investigation to the court responsible for judging the case. Furthermore, it shows the material and scientific fragility of the interpretations that remove the testimonies produced in the investigation from the judicial adversarial process. Finally, ideas are provided for improving the collection and production of testimonial evidence, in order to make it more reliable, rejecting theories that require its complete removal from the judge's analysis.

Keywords: testimonial evidence; guarantee judge; unrepeatability; police investigation; criminal case; evidence collection.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, também chamada de “Pacote Anticrime”, foi publicada em 24 de dezembro de 2019 e passou a vigorar em 23 de janeiro de 2020, com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

No âmbito processual penal, as atualizações constantes do mencionado diploma legal representaram uma modificação significativa, em especial na gestão probatória, seja na fase do inquérito policial, seja na ação penal. Verificou-se uma preocupação considerável do legislador em se evitarem abusos estatais por parte das polícias e das instituições judiciais, por meio de normas destinadas a impedirem manipulação de evidências e enviesamento da apuração e do julgamento criminais.

Entre as principais inovações, destacam-se o regramento da cadeia de custódia das provas, a previsão da realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante, a revisão periódica da prisão preventiva e a

criação do juízo de garantias. Este artigo abordará questões relativas à prova testemunhal no contexto dessa última inovação.

A prova testemunhal, espécie de prova oral, é uma das formas mais comuns de obtenção de informações em investigações policiais e ações penais. É produzida por meio da oitiva de testemunhas, que são pessoas que presenciaram ou têm conhecimento sobre os fatos relacionados ao caso investigado. A análise da oitiva é uma etapa crítica, na fase policial, pois permite avaliar a credibilidade e a confiabilidade das informações obtidas.

Existem diversos fatores que influenciam a análise da oitiva, tais como a memória da testemunha, a influência de terceiros, a percepção subjetiva dos fatos, entre outros. Por isso, é importante que a oitiva seja realizada de forma objetiva e rigorosa, seguindo as normas legais e técnicas adequadas. Além disso, é fundamental que o investigador tenha habilidades de comunicação e entrevista para conduzir a oitiva de maneira eficaz.

Por sua vez, o juiz de garantias é uma figura introduzida na legislação com o objetivo principal de separar as funções de investigação e de julgamento, no âmbito do processo penal, conferindo, segundo as premissas que o embasaram, maior imparcialidade ao sistema de justiça criminal.

Com a implementação do juiz de garantias, um magistrado passaria a atuar exclusivamente na fase de investigação, cabendo a ele a análise das medidas cautelares e a decretação de prisões provisórias e o recebimento da denúncia, entre outras atividades. Já o juiz responsável pelo julgamento do caso só entraria em cena após o término da fase de investigação, garantindo, assim, na teoria, maior imparcialidade ao julgamento. Isso porque o magistrado que atuou na fase de investigação poderia ter formado opinião sobre o caso e sobre os envolvidos, o que prejudicaria a sua análise objetiva dos fatos, na fase de julgamento.

O instituto ainda é alvo de críticas por parte de alguns setores dos meios jurídico e social. Uma das principais críticas é quanto à sua viabilidade financeira e logística, já que muitos tribunais brasileiros não contam com estrutura suficiente para manterem dois juízes atuando no mesmo processo penal, sem considerável prejuízo à prestação jurisdicional. Esse, aliás, foi um dos fundamentos adotados pelo Min. Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, para suspender a vigência dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, que instituíram o juízo de garantias, em medida cautelar nas ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305.

No entanto, no presente artigo, abordaremos a legislação, como consta do texto legal, ainda que sua vigência esteja suspensa. Afinal, é possível que a constitucionalidade de ao menos parte dos artigos incluídos no Código de Processo Penal seja reconhecida futuramente, e todos nós, operadores do direito, deveremos estar preparados para aplicá-los concretamente.

2 DESENVOLVIMENTO

A análise primordial deste texto focalizará o art. 3º-C, mais especificamente em seu § 3º, que assim dispõe:

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado (BRASIL, 2023).

Esse dispositivo, talvez, venha a ser o mais revolucionário da inovação legislativa, visto que, se aplicado, implica excluir dos autos da ação penal todas as diligências investigativas, ainda que fazendo a ressalva de que as provas irrepetíveis e as medidas de obtenção ou antecipação de provas deverão ser enviadas em apartado.

As provas irrepetíveis seriam aquelas cuja reprodução resta impossibilitada durante a instrução do processo, pelo perecimento de seu objeto e/ou situação (por exemplo, a perícia no local do crime) ou pela sua singularidade infungível (como o vídeo a respeito do fato delituoso).

Dentro dessa perspectiva, de maneira superficial e automática, costuma-se tratar a prova testemunhal como a prova repetível por excelência. Afinal, a testemunha, a não ser que tenha falecido ou esteja por outro motivo incapacitada, sempre poderá ser chamada a depor perante o juiz da ação penal, expondo sua visão do fato e permitindo o contraditório à defesa técnica do acusado. Dessa maneira, todos os testemunhos colhidos na fase investigativa, perante a autoridade policial, deverão ser alijados dos autos, não podendo ser remetidos sequer em apartado, consoante a atual redação do art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal.

Mas será mesmo a única interpretação cabível sobre a prova testemunhal após a lei do pacote anticrime? Será que essa é a medida mais consentânea com o efetivo contraditório e o esclarecimento dos fatos de maneira constitucional? A visão tradicional, embora provavelmente seja a que prevalecerá inicialmente, talvez seja por demais rasa, deixando de lado nuances e, até mesmo, o que diz a ciência, conforme será a seguir explorado.

A própria conceituação de prova irrepitível é questionável, filosófica e juridicamente, visto que dois momentos separados no tempo nunca serão igualmente os mesmos, tornando qualquer prova irrepitível, se considerarmos as circunstâncias em que foi produzida. Tentar reproduzir uma prova inevitavelmente levará a uma prova nova e autônoma, uma vez que se dará em situação distinta daquela em que anteriormente se originou (Brendel, 2012, p. 38-39).

Sobre a prova irrepitível, diz a doutrina:

Prova irrepitível é aquela que não pode mais ser reproduzida em juízo, em razão, por exemplo, de terem desaparecido os vestígios do crime, o que impossibilitará a realização de um novo exame de corpo de delito (ressalvando-se, como dito, a possibilidade de contestação do laudo pericial realizado, mesmo porque, segundo o artigo 182 do Código de Processo Penal, não se trata de um meio de prova de idoneidade absoluta); outro exemplo é o depoimento da vítima prestado durante o inquérito policial, quando esta já tenha falecido na época da instrução criminal (Moreira, 2008, p. 2).

Ou ainda:

É possível, assim, observar-se que a viabilidade de produção de determinada prova na audiência de julgamento é correlata à capacidade de perenidade da fonte da qual ela emana. Em outros termos, perdurando o objeto ou a pessoa (fontes de prova) até a etapa da instrução criminal e estando eles em condições de trazerem para o bojo do processo informações (elementos probatórios) úteis ao deslinde da causa, a prova será repetível (Brentel, 2012, p. 39).

Pelo exposto, pensar-se-ia, então, que bastaria ouvirmos novamente as pessoas que têm algo relevante a esclarecer sobre os fatos em apuração, dessa vez com a participação da defesa e do órgão acusador, em contraditório judicial. É perfeitamente possível realizar essa oitiva durante a ação penal, com o envolvimento da defesa técnica do acusado. Logo, pressupõe-se que a prova seria claramente repetível, não?

Entretanto, a verdade é que, com a passagem do tempo, inevitavelmente a qualidade da memória registrada é sensivelmente danificada. O relato de alguém que presenciou um acontecimento, meses, ou até mesmo anos, após o fato, em regra, terá muito menos acurácia do que a narrativa apresentada algumas horas ou dias depois do que foi presenciado.

Os estudos empíricos atuais a respeito do tema são inúmeros. Um desses, por exemplo, sobre a memória de diálogos, sugere que somente quatro dias são suficientes para que haja uma piora de 3,5 vezes na média acertos: quando os sujeitos são questionados a respeito de palavras exatas utilizadas nos diálogos imediatamente após, tal média é de 35%, ao passo que, após somente quatro dias, essa média cai para 10% (Ramos, 2022a, p. 1.242).

Então, o registro mais fidedigno que uma pessoa pode fazer a respeito do fato será durante o inquérito, que, cronologicamente, antecede a ação. Desconsiderar completamente esse registro implica, conscientemente, diminuir a qualidade do acervo probatório reunido, submetendo ao julgador apenas uma versão dos fatos com pior capacidade de representar a realidade.

Além do mais, além da perda de veracidade da lembrança, em razão do funcionamento da própria mente da testemunha, quanto mais tempo se passa até a colheita da prova, mais fica a pessoa sujeita a interferências externas, mesmo que inconscientes, à sua memória. Exemplificativamente, existem estudos apontando que, quanto mais as pessoas que testemunharam um acontecimento conversam entre si, há maior tendência de que elas adequem suas reconstruções do fato para gerar uma “versão compartilhada” do evento (Sarwar; Allwoodb; Innes-Ker, 2014 *apud* Ramos, 2022a, p. 1.244). Afinal, é esperado que pessoas que presenciaram o mesmo fato marcante acabem por conversar a respeito dele, ainda que o momento já tenha ficado no passado. Esse fenômeno foi identificado também pela doutrina jurídica, após análise dos estudos controlados.

Muitas vezes, há convergência de versões, pelo menos em relação ao aspecto central do evento. Porém, como cada pessoa percebe a realidade a partir de sua própria perspectiva, alguns detalhes podem divergir, seja porque as testemunhas prestaram atenção a aspectos diferentes do evento, seja porque simplesmente cometeram algum erro honesto na codificação dos fatos. São essas discrepâncias entre versões que podem produzir falsas memórias decorrentes da conformidade da memória (Marmelstein, 2022, p. 151).

Outro conceito extremamente em voga atualmente, quando se trata de informações de caráter público, mas de aplicabilidade também nas microrrelações sociais, é o das chamadas *fake news* ou, simplesmente, desinformação. Esse fenômeno sempre permeou as relações interpessoais, sendo relacionável também às conversas entre indivíduos sobre um evento criminoso:

Um dos tipos mais comuns de interferência retroativa é o chamado efeito de desinformação (*misinformation effect*), o qual ocorre quando uma pessoa recebe uma informação após o evento (por exemplo, uma notícia) que interfere na habilidade da pessoa de recordar acuradamente a sua experiência (Marmelstein, 2022, p. 117).

Quanto mais tempo entre o fato e a oitiva, mais a pessoa estará sujeita a ter sua recordação deturpada pelas interações com terceiros, na forma exposta.

Obviamente, como ressalta o Prof. Vítor Ramos, não se trata de uma deturpação consciente por parte dos envolvidos, mas sim de um processo inconsciente realizado pela mente humana:

Duas notas específicas são importantes. Em primeiro lugar, que as (des)informações obtidas são convertidas em memórias sem que a testemunha se dê conta. Isto é, não se trata de algo que a testemunha possa reportar ou ter ciência. Em segundo lugar, note-se bem, os erros daí derivados não serão *mentiras*, mas sim *erros honestos*: a testemunha crerá, jurará, terá certeza absoluta, em muitos casos, de possuir uma memória a respeito de um fato, mas tal “fato”, em realidade, não corresponderá àquilo que realmente aconteceu (Ramos, 2022a, p. 1.244).

Logo, fica evidenciado que há uma diferença qualitativa entre a prova colhida em pouco tempo, após a ocorrência de um fato criminoso, e aquela que deverá esperar a conclusão de um (muitas vezes demorado) procedimento investigativo, a propositura de uma ação penal, a apresentação de defesa por todos os eventuais denunciados e o encaixe na pauta de audiências de uma unidade judiciária. O processo penal que desejamos é, realmente, um que produza evidências de questionável decorrência da realidade fática?

Obviamente, ao entrar nessa seara, temos que analisar o objetivo da coleta de provas, na ação penal, bem como o próprio objetivo do processo penal. A doutrina aborda, rechaçando, majoritariamente, a obtenção da “verdade real”, determinando a possibilidade de obtenção somente de uma “verdade processual”:

[...] não se pode mais aceitar a expressão verdade real. Trata-se de um perigoso engodo. Real, relativamente ao fato, é o fenômeno da vida já ocorrido. Não poderia haver jamais uma verdade do passado. A verdade judicial é sempre processual, repita-se. Reproduzirá apenas a certeza do juiz diante de determinado conjunto probatório (Pacelli; Fischer; 2021, p. 901).

Em que pesem essas ideias tradicionais, temos que pensar que o processo (em especial, o penal) deve ser o meio para a apuração de um fato e o conseqüente enquadramento jurídico que este deve receber, assim como a produção de efeitos daí decorrente. A apuração deve se pautar, sem dúvida, formal e materialmente, na legislação em vigor. Contudo, a interpretação da legislação não deve ser dada em descompasso com o objetivo precípua do processo.

No mesmo sentido, ao se permitir o acesso aos testemunhos produzidos na fase inquisitorial, é possível aferir, com maior exatidão, o grau de confiabilidade da prova. Essa permissão é o que torna factível o cotejo entre as versões apresentadas em juízo e aquelas antes expostas à autoridade policial, que podem ser contraditórias entre si. Ressalte-se que “a contestação probatória é feita com o fim de firmar a credibilidade do depoente, apenas. Em decorrência disso, não há permissão para a utilização da declaração precedente como prova dos fatos, em detrimento à versão judicial” (Brentel, 2012, p. 64). Dessarte, tem relevante valor probatório a transposição das oitivas anteriores para o processo, como forma de aferir a própria credibilidade da testemunha a ser ouvida em contraditório judicial.

Dessa maneira, fica evidente que, tendo em vista o desfazimento gradual e a deturpação da reconstrução dos fatos pela memória da testemunha continuamente, é crucial o acesso ao que foi dito durante o inquérito policial. Trata-se, a meu ver, de prova irrepitível e efetivamente **diversa** daquela que será produzida judicialmente, sob o crivo do contraditório, após o decurso de lapso temporal não raramente longo. Portanto, deverá haver o seu traslado, em apartado, conjuntamente com as demais provas irrepitíveis, nos termos da previsão do art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal.

Vamos abordar as críticas comumente feitas a esse acesso às oitivas realizadas pela autoridade policial, de modo a esclarecê-las, afastá-las, ou apresentar sugestões de aprimoramento necessários à legislação ou à prática forense.

Inicialmente, temos a crítica de que, acessando os depoimentos prestados à autoridade policial durante o inquérito e que, conseqüentemente, ajudaram a formar a *opinio delicti* do Ministério Público, o magistrado encarregado de julgar a causa ficaria predisposto a desconsiderar versões diferentes apresentadas em contraditório. Essa argumentação funda-se no princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição da República), visto que, na Delegacia de Polícia Civil, raramente os depoimentos das testemunhas são acompanhados pela defesa do (então) investigado, impedindo que perguntas que ela considere relevantes tenham sido formuladas. Dessa forma, seriam oitivas enviesadas a corroborar determinada versão investigativa e, portanto, não poderiam servir de elemento (ainda que não isolado) para o julgamento da causa, para não contaminar a percepção do julgador.

Todavia, essa argumentação é por demais paternalista e menospreza a capacidade de o juiz interpretar as situações e conferir a validade que elas merecem. Não se descarta o fato de que, realmente, pode haver uma percepção inicial negativa para o acusado, quando da leitura do inquérito policial, visto que se trata de instrumento investigativo e que, efetivamente, concluiu que existem indícios da culpa do réu, tanto que ensejou a ação penal. Dizer o contrário seria ser ingênuo e negacionista dos fatos. Mas ao juiz incumbe, por dever de ofício, pesar todas as circunstâncias, conforme se apresentam, e conferir a credibilidade e o peso relativos que merecem.

A esse respeito, temos:

[...] há o argumento teórico de que as provas produzidas durante o inquérito policial não deveriam ser utilizadas pelo juiz, porque não foram submetidas ao crivo do contraditório. De acordo com essa linha de raciocínio, a adoção de um sistema acusatório importaria que apenas as provas produzidas em contraditório fossem utilizadas para embasar o juízo condenatório.

Em realidade, a bandeira teórica do sistema acusatório parece hasteada, nesse caso, para cobrir uma série de peculiaridades na produção e apreciação de provas, que precisa ser compreendida de forma mais minuciosa. Primeiramente, do ponto de vista exclusivo da busca da verdade e de uma decisão justa, não se pode supor que o juiz decida melhor com menos informação do que decidiria com mais informação. Os elementos produzidos durante a investigação constituem informações que podem, evidentemente, ser contrapostas durante o processo. Mas não parece haver razão para supor que o simples fato de que uma prova não tenha sido produzida no curso do processo a tornaria falsa ou enganosa. Ela é informação, e deveria estar disponível para a apreciação judicial, com o peso que lhe for cabível. Epistemologicamente, o descarte total das provas do inquérito não se sustenta. [...] (Vitorelli; Almeida; 2021, p. 6).

Uma oitiva em delegacia renegada em juízo significa que pode ter havido, deveras, a transcrição incorreta do que foi falado, pelo serviço policial, bem como pode ser apenas o arrependimento do indivíduo quanto ao que descreveu, seja por ter mentido antes, seja por estar mentindo em juízo. Isso tudo deve ser analisado, com base na situação concreta que se apresentar naquele determinado caso, com as partes (e também o juiz, subsidiariamente) podendo questionar, nos termos que considerarem necessários, a testemunha recalcitrante.

Após os questionamentos feitos à testemunha, em juízo, inclusive por meio de contestação do que foi dito na fase policial (não só das palavras registradas, mas das próprias circunstâncias da oitiva), será possível ao magistrado aferir a credibilidade do depoimento judicial, de modo a cotejá-lo com as demais provas produzidas. Isso, de alguma forma, violaria o sistema acusatório ou o contraditório?

A teoria psicológica que embasa a defesa da alteração legal ora estudada é a chamada teoria do viés cognitivo, que defende a sugestibilidade da mente, a considerar uma informação anteriormente recebida como verdade, e a busca de sua confirmação nas análises futuras. No entanto, os experimentos científicos que deram origem à construção teórica em questão foram realizados sob condições metodológicas específicas que, transpostas para a realidade dos processos judiciais, não se encaixam adequadamente, ao contrário do se quer fazer crer.

Nesse sentido:

O experimento inicial para demonstrar o viés de confirmação, por exemplo, consistia em solicitar aos participantes que escolhessem entre quatro cartas que associavam letras e números. A eles foi perguntado quais cartas deveriam escolher para verificar se uma regra era verdadeira. A maioria das pessoas escolhia combinações de cartas que seriam capazes de confirmar a regra quando, em verdade, para testar uma afirmação devem-se escolher combinações que potencialmente seriam capazes de falsificá-la. Daí o viés de confirmação. No entanto, quando essa regra era apresentada em um contexto social, sem a abstração numérico-matemática, os resultados melhoraram significativamente. Em sentido similar, Gigerenzer e Hoffrage verificaram que os resultados de percepção de frequência de determinado fenômeno, que muitos experimentos relacionados a heurística de disponibilidade mostravam ser muito ruins, podiam ser melhorados apenas instruindo as pessoas em frações (1 em 10, 1 em 20 etc.) em vez de percentuais (5%, 10%). Assim, os resultados dos experimentos podem ser influenciados pelas mais tênues mudanças nas suas configurações, o que compromete a tentativa simplista de adotar os seus achados como verdades.

Quanto ao viés de retrospectiva (*hindsight bias*), uma técnica simples, que se mostrou eficiente para reduzir a sua incidência, foi apenas pedir aos participantes que considerassem o contrário. Os participantes do experimento, neuropsiquiatras, receberam uma narrativa ambígua de um caso e três possíveis diagnósticos. Um grupo foi informado de que um dos

três diagnósticos estava correto (induzindo o *hindsight bias*) e outro, não. A eles foi solicitado que estimassem a probabilidade de correção de cada diagnóstico. No entanto, alguns integrantes de cada grupo foram encorajados a elaborar uma lista de razões pelas quais cada um dos três diagnósticos poderia estar correto, como se fosse uma lista de prós e contras. Apenas essa providência foi capaz de reduzir a tendência ao *hindsight bias* em mais de 15%.

Interessantemente, para o contexto processual, é exatamente essa a função do contraditório: chamar a atenção do juiz para provas que indiquem cenários alternativos, que expliquem os fatos narrados de outra maneira. O contraditório é, por si só, uma *debiasing technique*, um modo de combater o viés cognitivo relacionado à tendência de conformação de percepções iniciais (Vitorelli; Almeida; 2021, p. 11).

Àqueles que, ainda assim, desconfiam da isenção dos juízes que tenham acesso aos depoimentos policiais das testemunhas e, portanto, suspeitam da própria capacidade técnica dos magistrados, fica o questionamento: então, é preferível a produção de uma prova oral de qualidade inferior (conforme já exposto), para julgamento por esse julgador incapaz de compreender os próprios vieses? Não seria mais aconselhável amearhar mais circunstâncias a serem sopesadas, mais elementos, com o trabalho profícuo da defesa em questionar as testemunhas, ou o objetivo é apostar que, com o decurso do tempo, os fatos serão esquecidos e a falta de provas se imporá?

Outra situação que comumente se expõe sobre a oitiva policial de testemunhas é o fato de não ser registrada, apenas transcrita em papel. Dessa forma, seria permitido que fossem incluídas frases ou até depoimentos inteiros sem anuência ou conhecimento da pessoa ouvida, visto que alguns têm dificuldade/incapacidade de leitura, e outros ficariam constrangidos e/ou inibidos demais para questionar a figura de autoridade que lhes apresentou o termo para assinatura.

Sobre essa questão, evidente que há risco de que a oitiva em sede policial tenha sido fabricada ou coagida. Nesse caso, muitas vezes, a própria parte descreverá, ao ser ouvida em juízo, que não foi isso o que disse, ou como foi forçada a assinar aquelas palavras. O julgador, se deixarmos de considerá-lo como um sujeito incapaz de fugir de seus próprios vieses, visão por demais determinista, tem que manter a mente aberta para analisar se é, ou não, crível a alegação, no caso concreto.

Ademais, a solução mais consentânea para o problema, independentemente da inovação do Pacote Anticrime, até mesmo para o Ministério Público emitir mais

fundamentadamente a sua *opinio delicti*, é a gravação, em mídia, da entrevista policial. Somente assim será possível analisar relevantes questões para uma análise de prova testemunhal concreta, eficaz e embasada cientificamente.

Evidentemente que uma das questões a se aventar é se houve coação no testemunho gravado pela polícia. Com a gravação, elementos indisponíveis no termo de oitiva em papel estarão disponíveis a todos, como a expressão facial e/ou corporal do indivíduo, que podem revelar temor, bem como o timbre de voz da pessoa, que pode mostrar insegurança com relação ao que está sendo dito. Assim ficaria mais possível aos agentes do processo analisarem uma eventual coação da testemunha.

Uma outra situação relevante, na análise de prova testemunhal, é a indução da testemunha, comumente realizada por meio da formulação de perguntas fechadas, em que já se insere a resposta desejada no interior do próprio questionamento, indicando que deseja apenas a confirmação da testemunha quanto a isso. Tal situação poderá ser perfeitamente aferida mediante a observação da mídia audiovisual, com a oitiva da testemunha, na Delegacia de Polícia, permitindo a análise pelos sujeitos do processo da confiabilidade do testemunho, também sob o aspecto da existência, ou não, de indução na sua obtenção.

Ressalta o professor Vítor de Paula Ramos que “[...] a entrevista privada e sem a outra parte permite que não se tenha qualquer cuidado com a forma de fazer perguntas, algo que também influencia as recordações da testemunha” (Ramos, 2022b, p. 215).

Diante do exposto, a gravação prévia, em vídeo, do conteúdo do testemunho, torna bem mais relevante a sua função, no âmbito processual, possibilitando às partes um contraditório ainda mais rico. Afinal, irá permitir uma contraposição e, em alguns casos, a própria desconstrução dos elementos que embasaram o ajuizamento da ação penal (inquérito policial), e não apenas a oitiva de um indivíduo que nada poderá acrescentar, ou que terá uma memória mais contaminada e/ou distorcida do que anteriormente.

Outrossim, a permissão e designação de advogado, para a defesa do investigado, na oitiva em sede policial, é relevante e essencial para que o indício colhido efetivamente auxilie a justiça na perfeita apuração dos fatos. Ora, a presença de um advogado, ainda que *ad hoc* ou defensor público, permite que alegações de coações e/ou fabricações de testemunhos sejam enfraquecidas, bem como que haja

a intervenção quando o investigador formular questionamento indutivo à testemunha, salvaguardando a credibilidade da lembrança que seja por ela exposta. Ressalte-se que não é necessário que a defesa formule perguntas, no âmbito do inquérito, que não se presta ao contraditório, mas tão somente que possa evitar a contaminação indevida de um elemento de prova, de modo a permitir a escorreita apuração do fato. Em verdade, ainda que sequer exista investigado identificado no âmbito investigativo, relevante é a participação de um profissional responsável pela higidez da prova testemunhal produzida, em defesa de sua credibilidade.

Com melhor competência expõe a doutrina:

[...] os eventuais interrogatórios extrajudiciais deveriam sempre ocorrer com a presença dos advogados de ambas as partes, e *sempre com gravação das entrevistas*. Tal prática permite que, mais tarde, terceiros possam avaliar se os métodos utilizados foram apropriados; isto é, se não foram dadas informações ou *feedbacks* às testemunhas, se as perguntas foram feitas de modo aberto e neutro etc. Se não são empregadas as técnicas, evitando-se tais fatores, a entrevista e todas as informações posteriores se tornarão de confiabilidade baixíssima; e sem que se tenha gravação, não será possível saber se as técnicas utilizadas foram adequadas ou não, é dizer, sequer será possível conhecer potenciais fatores de influência a que a testemunha possa ter sido submetida (Ramos, 2022, p. 216).

Nesse sentido, mesmo estando cientes das dificuldades estruturais e orçamentárias que o Poder Público em geral enfrenta, é essencial o investimento na gravação da oitiva policial das testemunhas do fato. Também é crucial o investimento no fornecimento de advogados (dativos ou Defensores Públicos) para acompanhamento das oitivas policiais. Esse tipo de acréscimo no sistema de justiça é essencial para aprimorar a qualidade do serviço público prestado pela Justiça Criminal.

3 CONCLUSÃO

Em suma, procurou-se, neste artigo, efetivamente melhorar o sistema penal do direito brasileiro, uma vez que a solução proposta pela doutrina, com base no art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, busca corrigir um suposto viés cognitivo do julgador, excluindo o testemunho inquisitorial da apreciação judicial, como se não existisse.

A prova testemunhal produzida no âmbito inquisitorial é, na prática, conforme demonstrado pela ciência, irrepetível, na medida em que a lembrança do evento por

uma testemunha tende a se tornar de pior qualidade quanto mais tempo se passa após o fato sob apuração. Então, o quadro descrito em uma oitiva bem conduzida, durante o inquérito policial, tende a ser, na maioria das vezes, menos deturpado do que aquele que venha a ser colhido somente após decorrido tempo considerável do ocorrido, já no âmbito da ação penal.

A ideia de que a única prova testemunhal possível seria aquela produzida em juízo, efetivamente, busca corrigir um eventual problema de dissonância cognitiva (que, por si só, é questionável, conforme explicitado neste artigo), enfraquecendo a qualidade da produção probatória realizada. Afinal, propõe-se que o encarregado de prestar a justiça analise somente um testemunho cuja credibilidade tende a ser frágil e, conseqüentemente, tornando pior a prestação jurisdicional, ao fim e ao cabo.

Essa opção, evidentemente, não é aceitável. Deve-se encarar o possível problema com o enfoque em propor soluções sistêmicas, para reduzir o risco de sua ocorrência, sem que, para isso, tenhamos uma prova de menor qualidade. Pelo contrário, é desejável e necessário que se busquem caminhos que, além de corrigir a possibilidade de prejuízos à imparcialidade judicial, também aumentem a qualidade da prova analisada pelos magistrados encarregados de julgar uma ação penal.

Nessa senda, é de bom alvitre que seja mantido o acesso do julgador à oitiva realizada pela autoridade policial, que é elemento irrepetível (frise-se), em razão de sua maior proximidade à data do evento criminoso, que diminui a possibilidade de equívoco na descrição da lembrança por parte da testemunha, desde que se trate de uma entrevista realizada sem induções, coações e/ou fabricações de teses.

Lado outro, deve-se buscar aprimorar qualitativamente a produção desse elemento, no âmbito do inquérito policial, para melhor permitir o trabalho sobre ele, pelas partes, durante a ação penal. Por isso, é essencial a gravação em mídia audiovisual dos depoimentos, em sede policial, bem como o seu acompanhamento por advogado e/ou defensor público do investigado, como forma de torná-la mais hígida a alimentar a *opinio delicti* do órgão ministerial e a possibilitar o contraditório judicial efetivo.

O objetivo, como sempre, deverá ser o de um sistema processual penal eficiente, justo e garantidor de todos os direitos, para a proteção da sociedade e de cada um. Trabalhem para aprimorá-lo nesse sentido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*: seção 1 - edição extra, Brasília, DF, ano 157, n. 248-A, p. 01-07, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRENTEL, Camilla. *As provas não repetíveis no processo penal brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

DE PAULA RAMOS, Vítor. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022b.

MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Prova processual: mudanças do processo penal entram em vigor em agosto. *Conjur*, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jul-19/mudancas_processo_penal_entram_vigor_agosto. Acesso em: 4 mar. 2023.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [s. l.], v. 8, n. 3, p. 1.229-1.260, set./dez. 2022a. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.740>. Acesso em: 1º mar. 2023.

VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 316, ano 46, p. 29-62, jun. 2021.