

Gina Muniz: Processo penal: elemento informativo não é prova!

O presente artigo tem por objetivo esclarecer que, na audiência de instrução probatória, a leitura prévia dos depoimentos colhidos na fase investigatória não é a panaceia para o esquecimento dos fatos pelas



Eventuais problemas estruturais da Justiça Penal — como a

conexão teleológica entre a demora do processo e a falibilidade da memória humana — não podem implicar rebaixamento do *standard* probatório necessário para lastrear uma condenação.

A audiência de debates, instrução e julgamento é o epicentro da produção de provas na Justiça Penal tradicional. Esse ato processual inicia-se com a leitura da peça acusatória para que todos os presentes tenham pleno conhecimento dos fatos que serão objeto de julgamento no processo.

As declarações prestadas pelas vítimas e testemunhas na fase investigatória embasaram a confecção da denúncia, razão pela qual sua leitura é suficiente para os depoentes recordarem dos fatos. Na audiência de instrução, o objetivo é a produção de prova, e não a ratificação dos elementos informativos.

Contudo, na praxis penal brasileira, frequentemente o representante do Ministério Público faz a leitura do depoimento prestado na fase policial quando a vítima/testemunha declara não lembrar dos fatos narrados na peça exordial, e, ato contínuo, lhe questiona se reconhece a assinatura firmada naquela ocasião.

Para além do reconhecimento de firma, qual a validade dessa prática penal? Será que o fato de a vítima/testemunha confirmar como sendo sua a assinatura aposta no depoimento policial tem o condão de transformar este elemento informativo em prova? Pensamos que não! Explicamos!

Inicialmente, é preciso fincar a diferença entre provas e elementos informativos. Esses são produzidos na fase investigatória, objetivando a colheita de indícios de autoria e materialidade suficientes para subsidiar o oferecimento/recebimento da peça acusatória e eventual decretação de medidas cautelares. As provas, por sua vez, são elaboradas perante a autoridade judicial e sob o crivo do contraditório, podendo justificar uma condenação quando forem capazes de firmar certeza além de qualquer dúvida razoável quanto à culpabilidade do réu.

No que tange à prova testemunhal, para que se evite qualquer sugestionamento aos depoentes, o ideal é que façam uma narrativa espontânea a respeito dos fatos constantes da peça acusatória. Por conseguinte, a leitura prévia das declarações colhidas em sede investigatória é uma burla à correta produção de prova: ora, se a testemunha não pode ter acesso a apontamentos escritos, como pode tomar conhecimento de seu anterior depoimento, colhido, inclusive, sem o crivo do contraditório?!

Outrossim, questionamos o grau de confiabilidade das declarações prestadas em sede policial. Em que pese vigore — ao menos, em tese — a incomunicabilidade entre os depoentes, quase todas as testemunhas policiais fazem exatamente a mesma narrativa durante o inquérito: as frases são as mesmas, não muda nem a pontuação. Trata-se de algo bizarro, já que sabemos que ainda que duas pessoas vivenciem uma mesma experiência, cada uma tem sua forma própria de expressar o ocorrido. Essa constatação empírica nos autoriza a concluir que o depoimento do condutor da ocorrência influencia os demais depoimentos colhidos na fase policial.

Nesse sentido, colacionamos lição de Bernd Schunemann, que se aplica à realidade do Processo Penal brasileiro: *"Em razão dessa maleabilidade do depoimento testemunhal, todo registro de inquirição realizado exclusivamente pelos funcionários da justiça criminal, sem o controle pelo advogado, é sistematicamente tendencioso no sentido de confirmar as hipóteses e conjecturas imaginadas pelos funcionários responsáveis pela inquirição sobre o fato e sobre o autor. Esse fenômeno opera de forma inconsciente nos funcionários da polícia e não é eliminável, portanto, com a mera instituição de um dever de objetividade"* [\[1\]](#).

Refutamos também a concepção equivocadamente transferida do Direito Administrativo para o Direito Penal de que as palavras dos policiais gozam de fé pública, e, portanto, poderiam ser transferidas do inquérito para o processo. Ora, a palavra do policial tem o mesmo valor probante que a de qualquer outra testemunha.

Vamos além: quando a prova se reduz ao depoimento de policiais, estamos diante de uma prova frágil porque os agentes públicos participaram da diligência que deu causa à persecução penal, e, por consequência, *"são interessados na demonstração da sua legalidade, até mesmo para evitar eventual responsabilização administrativa/civil/penal"* [\[2\]](#).

Pontuamos ainda que as demais testemunhas também têm interesse em confirmar a versão outrora apresentada na delegacia de polícia para coibir eventual enquadramento no crime de falso testemunho. Importante ressaltar, inclusive, que quando o depoente ousa negar as informações antes prestadas, logo é recuado com argumentos de autoridade: *"O(a) senhor(a) está mentindo para o juiz ou para o delegado de polícia?"*.

Ademais, se a mera confirmação do depoimento prestado pela vítima/testemunha tivesse validade de prova, qual seria a necessidade de sua presença na audiência de instrução?! Vamos além: nas situações, não raras, em que o acervo probatório se resume à produção de prova testemunhal, qual seria a utilidade de uma fase instrutória?!

É justamente na audiência de instrução e julgamento que a defesa tem a oportunidade de confrontar as testemunhas/vítima arroladas pela acusação e, inclusive, apontar eventuais contradições ou inconsistências entre o que está sendo falado perante o juízo e aquilo que foi colocado em sede investigatória.

Destarte, a leitura prévia dos depoimentos prestados no inquérito antes da oitiva espontânea das testemunhas/vítima viola o direito do réu ao efetivo confronto. Sem contraditório, não se produzem provas, mas se tem somente uma reprodução dos elementos informativos.

Valemo-nos dos ensinamentos de Prado: *"Ao juiz cabe, portanto, em conformidade com as novas regras dos artigos 155, 157, 395, 396 e 397, todos do CPP brasileiro, controlar a correção dos requisitos de verificabilidade dos fatos e assegurar a paridade de armas, para que o processo penal concreto não seja mero jogo de cena ou a cerimônia protocolar..."* [3].

O CPP, por intermédio da redação do artigo 155, é explícito em dizer que *"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"*.

Outrossim, convém lembrar que nos termos do §3º do artigo 3-C do CPP [4] — vigência suspensa por força de decisão cautelar do ministro Luiz Fux, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 —, os autos físicos do inquérito policial não serão mais apensados à ação penal. Isso significa que, quando (e se!) o juiz de garantias for implementado na Justiça Penal, não haverá mais espaço para essa famigerada leitura dos depoimentos colhidos na fase investigatória em sede instrutória.

Em regra, defende-se, para se justificar a leitura prévia dos depoimentos colhidos em sede policial, que o lapso temporal entre a ocorrência dos fatos e a realização da audiência afeta as lembranças do depoente. Não discordamos dessa constatação, afinal é indiscutível a falibilidade da memória humana.

Todavia, lembramos que o réu tem direito à razoável duração do processo. É equivocado suprir a mora do Poder Judiciário mediante a violação de direitos e garantias fundamentais do acusado. Não haveria lógica que o órgão acusador fosse o beneficiado pelas falhas do aparato punitivo.

Não negamos também a relevância da prova testemunhal no processo penal. O que não podemos admitir é que os depoimentos colhidos a título de elementos informativos, sem o crivo do contraditório, sejam considerados como provas apenas porque ratificados na fase judicial. Uma decisão condenatória somente é legítima quando derivada de um devido processo legal.

Concluimos com as palavras de Aury Lopes Jr.: *"O simples fato de dizer 'ratifico o anteriormente alegado' é, em síntese, um nada jurídico e uma reprovável negação de jurisdição"* [5].

[1] SCHUNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação

empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 231.

[2] WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato: a completude do conjunto probatório (evidential completeness) e a melhor porva (best evidence) como princípios de valoração probatória. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.63.

[3] PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.69.

[4] § 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.

[5] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2019, p.164.

Date Created

17/02/2022