

**A (IN)TRANSMISSIBILIDADE DAS «DECLARAÇÕES
TESTEMUNHAIS ANTERIORES» NA PERSPECTIVA DA
PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO**

***THE HEARSAY RULE UNDER THE PERSPECTIVE OF PSYCHOLOGY
OF TESTIMONY***

Fernando Braga Damasceno
Doutor pela UFPE
Mestre pela UFC
Professor do PPGD – Enfam
Desembargador Federal

Daniele Liberatti Santos Takeuchi
Mestranda PPGD – ENFAM
Juíza de Direito (TJ-PR)

RESUMO: O artigo trata da inovação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime, no §3º do art. 3º-C do CPP, a respeito da intransmissibilidade das declarações testemunhais colhidas na investigação preliminar criminal, tidas como provas repetíveis pelo sistema jurídico. Defende que o conhecimento de mundo trazido pela psicologia do testemunho não permite encarar tal prova como repetível, dada à natureza da memória humana, pelo que se propõe alteração legislativa que busque conciliar tal natureza ao princípio constitucional do contraditório, a fim de permitir uma valoração racional da prova epistemologicamente mais adequada.

Palavras-chave: Processo penal. Prova Penal. Admissibilidade. Contraditório. Declarações testemunhais anteriores. Psicologia do testemunho.

ABSTRACT: *The article deals with the legislative innovation brought by the Anti-Crime Package, CPP, art. 3-C, §3, regarding the impossibility of “out of court statements” being admitted as evidence, since it is considered repeatable by the legal system. It argues that the knowledge brought by the psychology of testimony does not allow viewing such evidence as repeatable, given the nature of human memory, which is why a legislative amendment is proposed that seeks to reconcile this nature with the constitutional principle of adversary proceedings, in order to allow a rational assessment of the most epistemologically adequate proof.*

Keywords: *Criminal Procedure. Criminal Evidence. Admissibility. Cross-examination. Hearsay. Psychology of Testimony.*

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou diversas normas penais e processuais penais, dentre elas inovou no ordenamento jurídico pátrio ao afirmar expressamente que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Um dos institutos centrais dessa reforma processual foi a criação da figura do juiz de garantias, o qual - nos termos da referida lei - deve ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, cabendo a ele, ainda, decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, após o que cessa sua competência (art.3º-C, *caput*, do CPP).

Como consequência, criou-se nova hipótese de impedimento no art. 3º-D, *caput*, do CPP, a fim de que o juiz que tenha feito o juízo de admissibilidade da denúncia – atuando efetivamente ou não na fase de investigação criminal – não possa atuar na instrução processual, rompendo com a preservação da competência pela prevenção até então operante.

Tal instituto teria como finalidade principal preservar a imparcialidade do juiz sentenciante, a fim de que não se contamine com os elementos de informação produzidos sob sua supervisão na investigação preliminar, ou mesmo pretenda simplesmente confirmar decisões anteriores relacionadas ao mérito da demanda, como a decretação de prisões e outras medidas restritivas de direitos, predispondo-se à condenação do acusado.

Já o novo §3º do art. 3º-C estabeleceu a intransmissibilidade dos elementos de informação colhidos no inquérito policial e que são considerados repetíveis, sendo este regime o objeto central da presente investigação.

Assim, propõe-se responder justamente se o modelo de intransmissibilidade das declarações anteriores, adotado no Pacote Anticrime, concilia em boa medida os valores constitucionalmente tutelados.

A hipótese que se aventa é que não se trata de modelo adequado, porquanto ignora conhecimento científico atual a respeito das características das provas dependentes da memória humana, não possuindo a devida base epistemológica, ao restringir a função epistêmica em prejuízo do próprio acusado sem um correlato benefício à tutela de suas garantias processuais.

Esclarecidas tais premissas, proporemos um modelo que vise conciliar de maneira mais adequada o tratamento jurídico dado às provas dependentes da memória humana, em especial às declarações testemunhais, porquanto sua atual categorização como prova repetível traz sérias repercussões no modelo de intransmissibilidade proposto no Pacote Anticrime.

1. A INTRANSMISSIBILIDADE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NA FASE PRELIMINAR PREVISTA NO PACOTE ANTI-CRIME

A Lei Anticrime promoveu profunda reforma no Código de Processo Penal brasileiro, trazendo dentre outros institutos o «juiz de garantias». Sobre este, já nos

manifestamos em duas oportunidades¹, defendendo que se trata de um avanço, por adequar a persecução penal ao nosso Estado de Direito(s Fundamentais)².

Aqui será abordado um modelo que se costuma agregar ao do juiz de garantias, calcado na mesma ideia que respalda a «separação das funções de juiz da investigação e juiz do julgamento»: a necessidade de garantir um julgamento imparcial³. Cuidaremos da inovação trazida pelo (ainda suspenso, em razão de decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305) §3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal, a seguir transcrito:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. [...]

§ 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

1 <https://www.migalhas.com.br/depeso/317677/porque-a-hora-e-de-pensar-sobre-como-implementar-o-juizo-das-garantias> e <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/opiniaao-inconstitucionalidade-juiz-auditor-investigacao>

2 Jacinto Coutinho, aduzindo a respeito das opções legislativas adotadas na elaboração da proposta de reforma do CPP, afirma que “neste caso, a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo Sistema Acusatório” (COUTINHO, 2009, p. 113). Na mesma perspectiva, Aury Lopes Junior afirma que “está na hora de partir para uma terceira fase, inclusive com o abandono dos termos ‘acusatório’ e ‘inquisitório’, pois excessivamente ‘rotulados’, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis. (...) Nessa linha, o processo penal brasileiro ainda tem um longo caminho a percorrer para ser considerado um sistema processual penal democrático, sendo necessário fazer um deslocamento do foco da discussão tradicional (acusatório x inquisitório), pois não há paz conceitual para uma mudança. Não existe consenso sobre esses conceitos e muitas são as vozes que sustentam ser o processo brasileiro acusatório, dando, portanto, um falso ponto final na discussão. Precisamos retomar a partir da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhar o Código de Processo Penal na perspectiva de um sistema processual penal democrático.” (LOPES JR, 2013/02).

3 Nesse sentido, afirma Gustavo Henrique Badaró: “Não há como se conceber a existência de um processo com a decisão nas mãos de um terceiro interessado em prejudicar ou beneficiar uma das partes. É ínsito ao processo um juiz imparcial sem o que deixará de haver processo.” (BADARÓ, 2008. p. 6. t. 1).

irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na Secretaria do juízo das garantias⁴.

Como se vê, instituiu-se uma incomunicabilidade entre a «instrução que resulta da investigação preliminar»⁵ e a que se realizará no processo penal de partes, de modo que aquela, materializada nos autos do inquérito e das medidas cautelares – buscas, interceptações telefônicas, etc –, fique acautelada no juízo de garantias. De outro lado, o próprio dispositivo traz exceções a essa incomunicabilidade, autorizando a “migração” das chamadas provas irrepetíveis, das medidas de obtenção ou de antecipação de provas, registrando, todavia, que estas não integrarão os autos principais da *persecutio in iudicio*, mas formarão autos apartados.

No regime anterior à inovação legislativa, os autos do inquérito policial e eventuais apensos acompanhavam a denúncia ou queixa, sempre que serviam de base a uma ou outra (CPP – 12), passando a compor o conjunto probatório, que forneceria o suporte empírico legitimador da sentença. A única distinção entre a prova incorporada diretamente ao processo (mediante o meio de prova indicado na lei) e aquela documentada⁶ nos autos da investigação era a impossibilidade desta – se repetível – respaldar, sozinha, um decreto condenatório. Ou seja, tarifavam-se as provas repetíveis documentadas nos autos do inquérito com um menor valor,

4 Paralelamente à discussão da constitucionalidade do juiz de garantias nos termos propostos pelo “Pacote Anticrime”, observa-se o avanço das discussões no Congresso Nacional do Novo Código de Processo Penal, objeto do Projeto de Lei nº 8045/2010, substitutivo de 26/04/2021. No referido projeto de lei o tratamento sobre a transmissibilidade dos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial é semelhante ao existente no código atual. Vejamos:

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

(...)

§4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

5 Damião da Cunha tem uma visão interessante, distinguindo os atos de investigação (propriamente ditos), correspondendo àqueles voltados à descoberta da prova; os atos de obtenção (ou recolha) da prova e os atos instrutórios (estes seriam os voltados à formalização). Vide CUNHA *In*: II Congresso de Processo Penal, Valente, Manuel M G, (coord.), 2006, p. 68-69. Mendroni refere-se à «formalização das evidências» com o mesmo sentido de «documentação dos vestígios». (MENDRONI, 2008, p. 107)

6 Juan Montero Aroca refere-se a expressão «reflexo documental» da prova. (AROCA, 2008, p. 50).

já que, para respaldarem eventual condenação, dependeriam da convergência de outros elementos de prova: aqueles incorporados no âmbito do processo ou aqueles irrepetíveis. (CPP –155)⁷.

No novo desenho trazido com a Lei Anticrime, os autos do inquérito policial (ou de outro procedimento investigatório) e eventuais apensos continuam acompanhando a denúncia ou queixa, sempre que servirem de base a uma ou outra (CPP – 12), **todavia**, por força do disposto na alteração legislativa em análise, terão que passar por uma espécie de “blitz” realizada pelo juiz de garantias, **que reterá** as provas repetíveis, juntamente com os autos do inquérito, deixando seguir, em apenso àqueles autos que contiverem a denúncia ou queixa e a defesa preliminar, apenas as provas irrepetíveis ou aquelas que foram antecipadas em contraditório. Ademais, sanciona-se eventual descumprimento dessa regra, com o afastamento do juiz que conheceu da prova inadmissível (CPP-157, §5º).⁸.

Essa inovação parece se embasar em razões de duas ordens: a) uma, de natureza psicológica, posto que o contato com toda a instrução do inquérito pode contaminar o julgador com uma primeira impressão, que apresenta uma tendência a consolidar-se; b) outra, de natureza ética, uma vez que se estaria – sem necessidade – conferindo

7 CPP–155. 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. De forma semelhante dispõe o Projeto de Lei nº 8045/2010, substitutivo de 26/04/2021:

Art. 197. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

§1º O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

8 O atual Procurador-Geral da República manifestou-se no sentido de que a correta interpretação do art. 3º-C do CPP não seria impedir o acesso dos autos de inquérito ao juiz da instrução e sim reduzir elementos não utilizados para suporte da denúncia, aduzindo que “os autos do inquérito policial continuam a acompanhar a ação penal, se o Ministério Público usá-lo para formular a denúncia, que será recebida pelo juiz de garantias.” (...) “Estes feitos serão pensados em apartado à ação penal. Não há proibição de envio do inquérito policial ao juiz da causa (JIJ), no qual haverá outras tantas informações e provas que não terão passado pelo crivo do juiz de garantias, já que são de “competência” de autoridades investigativas (Polícia e MP) ou de outros órgãos públicos. (...) A competência do JDG terá cessado com o recebimento da denúncia ou queixa (artigo 3º-C combinado com o artigo 399 do CPP), e o JIJ deverá ter acesso ao IPL, se nele houver “questões pendentes” (a decidir). Estas questões podem referir-se a medidas investigativas em curso, interceptações telefônicas, ações controladas, medidas cautelares reais ou pessoais, etc. Naturalmente, decidi-las, o JIJ deverá ter acesso a tudo o que for necessário para a formação de sua convicção e agirá como se juiz de garantias fosse, com competência funcional ampliada.” (ARAS, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 08 abr. 2023.

ao Estado-acusador o poder de formar unilateralmente um elemento de prova, restringindo o necessário controle pela defesa, desequilibrando o jogo⁹.

Com relação ao aspecto psicológico, impõe-se frisar que a criação de um sistema dual de jurisdição, formada pelo juiz de garantias e juiz da instrução e julgamento, seria uma tentativa de mitigação desse “efeito confirmatório” de crenças anteriores (*confirmation bias*¹⁰), consistente em uma seletividade inconsciente em relação a elementos que confirmem a decisão anterior.

Isto porque o juiz que teria tido contato com os elementos de informação produzidos na fase inquisitorial, ou mesmo decretado medidas cautelares nessa fase preliminar, poderia se comprometer psicologicamente com a tese da acusação ou mesmo com suas decisões anteriores, apresentando maior propensão à condenação¹¹. O novo modelo, assim, apresenta a vantagem de evitar a velha praxe judicial de supervalorizar o que foi produzido no inquérito policial, que termina vocacionando o processo de partes a uma espécie de confirmação da versão que emergiu da fase investigatória, enfraquecendo tanto sua função epistêmica – de filtro anticondenações injustas¹² –, como um efetivo protagonismo (da defesa) do acusado, que jamais pode ser visto como um objeto do processo.

9 Germano Marques da Silva assim leciona, “A admissão da prova recolhida de modo inquisitório, ainda que submetida posteriormente à apreciação contraditória, representa um desequilíbrio entre a função de acusação e defesa, em prejuízo da defesa. (SILVA, 2006). Confira-se, também, o Trabalho de Antônio (SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 221)

10 Os vieses de cognição (cognitive biases), ou desvios sistemáticos de racionalidade podem ser conceituados como “*um fenômeno estudado pela psicologia social e pela ciência cognitiva, significando erros e predisposições comuns no processamento mental que afetam a crença das pessoas e seu entendimento do mundo à sua volta*”. (CLEMENTS, 2013, p. 334) (Tradução livre). No original: “Phenomena studied in social psychology and cognitive science, cognitive biases are common mistakes and predispositions in mental processing that affect people’s beliefs and understandings of the world.” (Apud NUNES, LUD, PEDRON, 2022, p. 62.)

11 Sobre a relação do viés da confirmação e a instituição do juiz de garantias, COMAR aduz que “*Um alicerce que explica a necessidade de instituição do juiz das garantias é o viés confirmatório, que se mostra particularmente grave ao propiciar que o juiz que tenha atuado na fase investigativa atue também no julgamento. Daí porque a adoção do sistema de duplo juiz é uma medida que pode neutralizar ou reduzir os danos decorrentes do viés confirmatório. Na medida em que o juiz da instrução e julgamento inicia o conhecimento da causa na fase processual, terá originalidade cognitiva, não sofrendo os inconscientes influxos confirmatórios de uma prévia atuação na fase de investigação.*” (COMAR, 2022, p. 192).

12 A propósito, tem-se o magistério de Ferrajoli, para quem os parâmetros garantistas do processo penal, acabam por formar um conjunto aptos a contribuir para “o máximo grau de confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Pois bem, considerando o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a categoria «prova repetível» abrange (ou mesmo corresponde a) a prova testemunhal¹³, assumindo o marco de uma concepção racionalista da prova, que impõe uma abertura do sistema de prova para a Epistemologia e para a Ciência¹⁴, propõe-se uma abordagem do modelo de «(in)transmissibilidade das declarações testemunhais brasileiro» à luz dos saberes da psicologia cognitiva¹⁵.

13 Apesar de se tratar de uma inovação legislativa, a questão já é assim tratada pela jurisprudência “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. DEPOIMENTOS INQUISITORIAIS (...). (...) 2. No caso, o Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Sentido Estrito, invocando o princípio do *in dubio pro societate*, entendeu que a pronúncia do paciente deveria ser mantida, muito embora tenha se calcado **em depoimentos de testemunhas não ouvidas em juízo**. (...) 4. Dessa forma, conforme a orientação mais atual das duas Turmas integrantes da Terceira Seção deste STJ, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 729.002/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 29/6/2022.). COMAR esclarece que “*Aury Lopes Júnior classifica as provas irrepitíveis em três situações: provas irrepitíveis por sua natureza, que são aquelas que precisam ser coletadas e documentadas no momento específico de sua ocorrência e não são passíveis de repetição (ex: perícias no local do crime, exame de corpo de delito, reconhecimento pessoal e alguns meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, de dados, escuta ambiental); b) provas irrepitíveis por circunstâncias específicas, ou seja, normalmente poderiam ser repetidas, mas por uma peculiaridade não poderão sê-lo. É o típico caso da testemunha que está em estado terminal e, que se não for ouvida, perde-se a prova, devendo ser usado o incidente de prova antecipada; c) provas irrepitíveis por circunstâncias supervenientes, que são aquelas que era normalmente passível de repetição, mas sobrevêm uma circunstância inesperada e imprevisível que torna esta prova irrepitível, como por exemplo, a testemunha que procurada para ser ouvida na instrução, descobre-se que faleceu, de forma que não há mais como repetir a prova. A dúvida é se as declarações prestadas por esta pessoa na fase pré-processual poderão ser admitidas na fase processual e, se sim, como serão valoradas na medida em que produzida no inquérito sem contraditório.*” In: LOPES JUNIOR, 2020. p. 202, *apud* COMAR, *op. cit.* p. 465.

14 La concepción racionalista de la prueba judicial, puede identificarse a partir de sus dos tesis principales: a) la búsqueda de la verdad debe ser vista como un fin preferente del proceso; b) la justificación de la prueba (o el razonamiento probatorio) debe ser una especie de justificación epistémica general (razonamiento o inferencia inductiva, basada en generalizaciones empíricas que apoyen conclusiones probabilísticas). Nesse sentido, ver ACCATINO, 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5559>. doi: <https://doi.org/10.4000/revus.55592019>. p.92 e ss.

15 Eduardo José da Fonseca Costa, com base na doutrina de Robert S. Feldman, conceitua a psicologia cognitiva como sendo “*o ramo da psicologia experimental que estuda os processos mentais superiores, incluindo a memória, raciocínio, aprendizagem, resolução de problemas, julgamento, tomada de decisão e linguagem*” (COSTA, 2016).

2. A (IR)REPETIBILIDADE DAS PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA HUMANA SEGUNDO A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Para além (i) da imprecisão decorrente da extrema simplificação¹⁶ do tratamento conferido pelo legislador à questão da (in)transmissibilidade das «declarações anteriores», o que constitui fonte de enorme insegurança jurídica¹⁷, o modelo trazido no parágrafo 3º, do artigo 3º-C do Código de Processo Penal apresenta uma peculiar consequência negativa: a redução do conjunto probatório¹⁸ (o que, por si, já é contraindicado pela Epistemologia), o que se agrava quando se assume a perspectiva

16 Para se ter uma ideia, o Código de Processo Penal Alemão, que se valeu de 8 longos artigos para disciplinar essa questão: do 250 (*Principle of examination in person*) ao 256 (*Reading out of statements by public authorities and experts*). Vide em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/

17 Não se sabe, ainda, se uma irrepetibilidade superveniente sempre autorizará a migração da declaração anterior. Pode-se mencionar, também, a dificuldade de criar um critério que trace uma linha divisória entre o que seria uma simples declaração pessoal documentada ou a documentação de uma diligência mais complexa. Pense-se, por exemplo: num reconhecimento pessoal, que está submetido a uma série de requisitos, como a formação de um *line-up* adequado; num relatório de fiscalização de uma obra de engenharia, onde os registros das constatações do fiscal (testemunha) se misturam com reproduções de documentos e anotações sobre dados técnicos ; num auto de registro de uma campana, em que o agente registra de maneira síncrona vários detalhes verificados no decorrer de dias; num laudo de local de crime; num laudo pericial em que se conseguiu reservar material para uma contraprova, mas que, pelo tempo decorrido, poderá perder alguma qualidade etc. Enfim, esses são apenas alguns exemplos que podem gerar decisões em sentidos díspares, não parecendo tão simples se chegar a uma resposta pronta e óbvia sobre: a) se se trata de caso de (ir)repetibilidade; b) se quando eventual irrepetibilidade superveniente poderia autorizar a migração ao processo de partes.

18 Criticando a redução do acervo probatório FONTES e MENDES afirmam que: “*Essa situação esdrúxula de tornar o juiz um condutor cego, proibido de ter conhecimento da totalidade da persecução penal, torna-o uma marionete em um teatro fadado a levar o processo à inviabilidade concreta. A condição do ‘juiz da instrução e julgamento’ se assemelha a de um médico cirurgião que precisa se basear, para realizar uma operação, apenas em uma foto do momento, sem ter acesso ao histórico e ao prontuário médico do paciente a ser operado. (...) Em relação ao regramento do “juiz das garantias” que proíbe o “juiz de instrução e julgamento” de acessar e utilizar, de forma supletiva, os elementos informativos do procedimento investigatório, já se destacou que afastará do horizonte da persecução penal a busca da verdade real, a única verdade compatível com o primado da segurança pública e a defesa social, além disso, criará uma disfuncionalidade sistemática insuperável, com repercussão na qualidade da prestação jurisdicional e na escalada da impunidade, e consequências irremediáveis para a segurança da coletividade.*”(FONTES; MENDES, jan 2020. Disponível em: <https://samirfontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 08 abr. 2023. Em sentido contrário, RENATO BRASILEIRO DE LIMA afirma que: “*Ora, partindo da premissa de que os elementos de informação produzidos na fase investigatória devem ter como objetivo precípuo a formação da convicção do titular da ação penal e, eventualmente, subsidiar a decretação de medidas cautelares, não se pode admitir que o juiz da instrução e julgamento forme seu convencimento com base neles, nem mesmo subsidiariamente.*” (LIMA, 2020, p. 164).

da psicologia do testemunho¹⁹, posto que o referido desfalque se dá justamente com a retirada daquela prova que tem maior potencial para alcançar uma melhor qualidade epistêmica, se comparada àquela que a “substituirá” no conjunto probatório.

Embora não se controverta que o legislador brasileiro tratou a prova testemunhal como “a” prova repetível, a psicologia do testemunho, por meio de inúmeros estudos empíricos, consolidou saberes que deixam a norma jurídica carente do devido respaldo epistemológico, ou seja, a norma diz que é, aquilo que, na realidade, jamais o será, já que, pelo que hoje se conhece sobre o funcionamento da memória humana, uma dada declaração testemunhal, enquanto reprodução (mais ou menos fiel) de uma realidade vivida, jamais poderá mais adiante ser simplesmente repetida²⁰.

Isso porque a memória humana não é como uma máquina fotográfica, filmadora ou gravador; ela não registra a realidade tal qual como é percebida pelos sentidos²¹, havendo um complexo processo de codificação e registro.

A psicóloga norte-americana Elizabeth Loftus é uma das principais referências na temática da falibilidade da memória humana e tem desenvolvido pesquisas nas últimas três décadas a respeito da influência das falsas informações na cognição e, por consequência, na produção de falsas memórias.²² Os experimentos indicaram com segurança que além de a passagem do tempo afetar consideravelmente a qualidade daquilo que resta memorizado, a memória está também sujeita a corrupções, degradações ou falsificações, de sorte que não raro aquilo que é lembrado pela testemunha, no momento de suas declarações, pode não corresponder com sua

19 A Psicologia do Testemunho “*tem estudado os erros decorrentes de processos cognitivos de testemunhas, e como os procedimentos realizados por atores de justiça podem aumentar ou diminuir a fidedignidade da prova advinda da memória da testemunha*” (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018 p. 1059)

20 Nesse sentido: ‘Provas dependentes da memória humana são repetíveis? Dado o contexto brasileiro acerca de como tais provas são coletadas e analisadas, com práticas contrariando frontalmente décadas de pesquisa da psicologia experimental, a resposta é não. Questões feitas durante uma entrevista por um policial, advogado ou juiz, bem como o reconhecimento de um suspeito podem alterar a memória de uma testemunha. Como argumentado, uma recuperação ocorrida, após um ano, não é apenas a recordação de um evento, mas a soma de todas as sugestões às quais a testemunha foi exposta após o evento (relatos de outras testemunhas, perguntas indutivas, e reconhecimentos fotográficos). Assim, o principal risco de tratar a prova penal dependente da memória como repetível está na possibilidade de ela ser alterada de forma permanente quando recuperada.’ *Ibid.*, p. 1069.

21 Registre-se, ainda, que aquilo que é percebido pelos sentidos não pode ser considerado a realidade empírica em sua “pureza”. Vitor Paula Ramos aprofunda análise das falhas de percepção (RAMOS, 2019, p. 117 e ss.)

22 LOFTUS, 2005, p. 361-366. Disponível em: <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full>. Acesso em 13 de abril de 2023.

memória inicial e, conseqüentemente, pode não ter a mínima relação com a realidade vivida.

Já o psicólogo David G. Myers, expoente da psicologia social, conduz “*estudo científico de como as pessoas pensam, influenciam e se relacionam umas com as outras*” (MYERS, 2014, p. 28), a partir do que vem questionando a confiabilidade do testemunho ocular, pondo em xeque a consistência da frase “eu vi com meus próprios olhos” para a satisfação de *standard* de prova para a condenação.²³

Lara Teles Fernandes aponta que dentro das limitações cognitivas das testemunhas, podem ser categorizadas falhas de percepção, de recuperação e de linguagem. As falhas de percepção podem se relacionar à situação em si ou ao sujeito que observam e podem se relacionar a alguns aspectos visuais como luz e cores, distância entre sujeito observador e a cena do crime, nível de estresse, utilização de arma (que tende a reduzir a atenção dirigida à cena do crime), etc.²⁴

Já no que concerne às falhas de recuperação, CECCONELLO, STEIN e ÁVILA, aduzem que “*o ato de evocar a memória, como recordar o evento ou reconhecer o perpetrador, se refere à etapa de recuperação. Em vez de uma recordação de informações estáticas, a memória humana é maleável, e, durante a recuperação, além de reforçadas novas informações, podem ser agregadas à recordação original do fato*”.²⁵

Aqui se insere o estudo das causas de falseamento da memória, relacionando-as com a sugestionabilidade do indivíduo, quando, por exemplo, presencia outra

23 Lara Teles Fernandes, citando os estudos de David G. Myers, afirma que para o psicólogo “*a presença da vítima sobrevivente ou de testemunha ocular dos fatos maximiza a possibilidade de condenação. Nesse sentido, demonstra tal afirmação por intermédio da narrativa de uma pesquisa realizada por Elizabeth Loftus com estudantes universitários, em um caso hipotético de latrocínio. Num primeiro momento, em que não havia a indicação da existência da testemunha ocular, somente 18% dos participantes votaram pela condenação do réu. Em um segundo momento, outros estudantes foram submetidos à cena, mas com uma informação adicional: o latrocínio fora presenciado por uma testemunha ocular que teria afirmado “foi ele”. Nessa hipótese, o índice de estudantes que votaram pela condenação elevou-se para 72%. Para um terceiro grupo, repetiu-se a mesma informação do segundo, mas com detalhe adicional de que ao advogado de defesa havia questionado a capacidade de observação da testemunha, já que esta tinha problemas de visão e não estaria usando óculos na hora do crime. Nesse caso, o índice de condenação se reduziu, mas bem pouco, ficando no patamar de 68%.*” (FERNANDES, 2020, p. 187-188)

24 FERNANDES, Lara Teles. *Ibid.*, p. 190.

25 CECCONELLO; AVILA; STEIN, *op. cit.* p. 1061.

pessoa relatando os mesmos fatos (*co-witnessess*²⁶), quando é induzido por aquele que está tomando suas declarações, a partir de perguntas fechadas ou outras formas de sugestão,²⁷ etc.

Já as falhas de linguagem dizem respeito “*a ausência de mecanismos mentais do intérprete em relação à reprodução de um determinado dado, pois a sua linguagem não possui os adequados subsídios para construção da imagem mental do emissor traduzido, o que dificulta a posterior reprodução.*”²⁸

Daí que desconsiderar o como se deu a coleta das declarações testemunhais durante a investigação e o que antecedeu (*co-witnesses*, v. g.) e sucedeu ao referido ato (o tempo transcorrido, p. ex.), para simplesmente começar tudo do zero, como se se pudesse simplesmente realizar uma nova “cópia” do arquivo registrado na memória da testemunha, é evidentemente algo ultrapassado.

Ademais, à medida em que se absorve esse conhecimento de mundo, fica sem sentido tratar como repetível aquilo que não é repetível e como não repetível aquilo que propriamente o é: basta pensar, por exemplo, numa certidão ou declaração exarada por um órgão público ou entidade privada, que, em tese, sempre poderá ser repetida; em documentos bancários, extraídos de um sistema de informática, que, também, em tese, sempre poderão ser reextraídos; um arquivo de vídeo que é copiado de um sistema de vigilância e que, ao menos em tese, pode ser novamente acessado na

26 CECCONELLO, STEIN e ÁVILA explicam que “*é comum que testemunhas conversem entre si acerca do crime presenciado, e, durante essa conversa, uma testemunha pode recordar informações que a outra não havia codificado. Essas informações são armazenadas juntamente à memória original do fato, sem que haja um registro de quais informações foram inseridas durante ou após o evento.*” *Ibid*, p. 1061.

27 Vitor Paula Ramos elenca as falhas na recuperação das recordações: a) o tempo decorrido; b) informações posteriores; c) feedback sobre o desempenho da testemunha; d) a forma das perguntas (*op. cit* p. 126 e ss). CECCONELLO e STEIN citam que diversos experimentos têm demonstrado que indivíduos solicitados a descrever o rosto do criminoso apresentam menor probabilidade de reconhecer corretamente o suspeito, em decorrência do efeito conhecido como eclipse verbal —overshadowing effect— (MEISSNER, SPORER, e SUSA (2008). A theoretical review and meta-analysis of the description-reconhecetion relationship in memory for faces. *European Journal of Cognitive Psychology*, 20(3), 414-455. Doi:10.1080/09541440701728581). Isto porque a representação mental do rosto pode ser alterada ao relatar uma informação incorreta, da qual não se recordava. Há ainda diversos estudos relatando que as informações evocadas através de perguntas fechadas direcionam a resposta da testemunha, que muitas vezes não prestou atenção em determinado ponto ou se esqueceu dele, podendo essas informações serem incorporadas à recordação original (Poole, D. A., & Lindsay, D. S. (1995). *Interviewing preschoolers: Effects of nonsuggestive techniques, parental coaching, and leading questions on reports of nonexperienced events.* *Journal of Experimental Child Psychology*, 60(1), 129-154. Doi: 10.1006/jecp.1995.1035)). *Apud* CECCONELLO, WILLIAM WEBER E STEIN, 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

28 FERNANDES, *Op. Cit.* p. 197.

fonte. Para esses casos, não parece haver controvérsia que o mais racional é apostar em tecnologias que confirmem autenticidade ou assegurem a mesmidade da prova colhida na investigação.

3. COMPATIBILIZANDO A NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO COM A NATUREZA IRREPETÍVEL DAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS

Propõem-se, então, uma interpretação do modelo trazido no parágrafo terceiro do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal, capaz de equilibrar os interesses que eventualmente possam vir a se conflitar: o contraditório – o direito das partes de fiscalização de toda a prova –, de um lado, e a correção material da decisão, entendida como a aproximação com (ou o resgate analógico) da realidade que ficou no passado, de outro, nos seguintes termos:

a) A intransmissibilidade das declarações anteriores permaneceria como regra, como forma de incentivar o acusador a produzir a prova que melhor concretize o contraditório – ou seja, “quando a prova consistir nas declarações de uma testemunha, esta deve comparecer perante o julgador e a parte contrária, para o exame cruzado em imediação”.

b) Como um primeiro grupo de exceções, deveriam ser expressamente reconhecidos os casos que autorizariam a migração para o julgamento do testemunho anterior documentado, conferindo segurança jurídica/previsibilidade à concretização, na praxe judicial, da categoria “irrepetibilidade” superveniente, notadamente quando imprevisível ou quando não possa ser atribuída à esfera de responsabilidade do próprio Estado-persecução²⁹: *(i)* a morte da testemunha; *(ii)* uma doença sem um prognóstico de recuperação em um tempo razoável; *(iii)* o desconhecimento do paradeiro da testemunha; *(iv)* ou mesmo utilização do primeiro depoimento,

29 Diogo Malan cogita razoável também inadmissibilidade das declarações anteriores em hipóteses em que a impossibilidade de comparecimento decorra de uma certa culpa do Estado. Confira-se: “caso a testemunha ausente tenha falecido ou se tornado enferma grave em razão de falha o Estado em cumprir seu dever de assegurar a ela condições adequadas de segurança e salubridade (v. g. a testemunha acautelada em estabelecimento de prisional, manicômio judiciário ou estabelecimento público congênere). A ausência da testemunha, nesses casos, decorre diretamente de conduta ilegal praticada por representantes do Estado, denotando que nenhum esforço estatal foi feito no sentido de assegurar a produção da prova oral conforme o paradigma do right of confrontation. (MALAN, 2009)

mediante contraditório diferido, quando a testemunha não se recordar do fato dado longo lapso temporal por motivo não atribuído às partes,³⁰ etc.

c) Como uma segunda espécie de exceção, deveria ser expressamente autorizada a migração do testemunho documentado sempre que houver a necessidade de se superar divergência inconciliável entre o seu conteúdo e as declarações testemunhais prestadas sob contraditório síncrono, ou seja, quando se fizer indiciado que a testemunha mentiu (posicionou-se dolosamente contra a verdade) no primeiro, no segundo ou em ambos os depoimentos.

d) A migração da declaração anterior, todavia, qualquer que seja a hipótese, dependeria de o registro das declarações ter se dado em áudio e vídeo, seguindo requisitos mínimos capazes de assegurar a integralidade e a contemporaneidade do registro, o local onde o depoimento foi colhido, bem como a fim de apurar se houve alguma forma de sugestionamento ao serem formuladas as indagações³¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perceba-se que o modelo que propomos deixa sob a responsabilidade das partes a demonstração da legitimidade da migração da declaração testemunhal anterior. Isso se justifica porque, ao mesmo tempo (i) ajuda a preservar a originalidade cognitiva do julgador, diminuindo o risco de formação de uma primeira impressão sobre o *thema decidendum*, (ii) estimula/constrange o acusador a zelar pela prova que melhor concretiza o direito de fiscalização pelo acusado e (iii) evita a praxe de se ouvir testemunhas apenas para que confirmem suas declarações anteriores – não é incomum que suas declarações em juízo se resumissem a “que confirma o que disse na delegacia de polícia...”.

30 Nesse ponto é digno de nota que muito embora a Súmula N. 455 do Superior Tribunal de Justiça, em contrassenso ao conhecimento de mundo atual, disponha que “A decisão que determina a produção antecipada deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o *mero* decurso do tempo.”, a decisão tomada no Recurso em Habeas Corpus N. 30438/PA, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, contrariando entendimento majoritário de seu órgão colegiado, considerou que o transcurso de tempo considerável desde a data dos fatos autoriza a produção antecipada da prova testemunhal.

31 CECCONELLO, AVILA e STEIN ao sugerir políticas públicas relacionadas à coleta de provas dependentes da memória em procedimentos penais asseveram que “é de extrema importância que tais procedimentos sejam gravados, em áudio e vídeo, de forma que preservem a prova original”(CECCONELLO; AVILA; STEIN, Op. Cit. p. 1068).

As exceções mencionadas têm o condão de conferir segurança jurídica à definição sobre a migração ou não das declarações anteriores, evitando o risco de uma aplicação seletiva da norma. Além disso, parece equilibrar bem os valores em disputa, na medida em que a garantia da melhor fiscalização da prova pelo acusado (*cross examination* ou contraditório em imediação) apenas excepcionalmente poderá ser limitada, o que se daria na medida do estritamente necessário para assegurar o interesse no (melhor) resgate da realidade empírica, mesmo porque o modelo estimula a antecipação do contraditório para os casos em que for possível um prognóstico da “irrepetibilidade” superveniente.

Por outro lado, a migração das declarações anteriores cumulada com comparecimento da testemunha em nada feriria o princípio do contraditório, já que o acusado terá a oportunidade do “confronto” com a testemunha, arguindo-a, inclusive, sobre o que disse anteriormente e seu por quê.

Assim, a valoração da própria prova testemunhal produzida em julgamento seria facilitada, na medida em que, acessando as declarações anteriores, teria o julgador mais condições de identificar algum fator de corrupção da memória – algo que a testemunha disse e que esqueceu e/ou que lhe pareceu irrelevante no momento das suas declarações em juízo (*co-witnesses*³², p. ex.), alguma má conduta do investigador, que induziu respostas ou que expôs à testemunha informações sobre os fatos, etc.

Ademais, a manutenção da confiabilidade de ambas as provas justifica que se constranja os responsáveis pela persecução a buscar o mais fiel registro das declarações prestadas na investigação: e diante de tecnologias acessíveis a baixo custo, nada mais justifica o velho e nada fidedigno “termo de declarações”, onde o investigador registra a sua compreensão sobre as respostas que a testemunha deu a perguntas não conhecidas.

Por fim, vale registrar que até mesmo a ideia de que o modelo trazido na lei anticrime - um modelo de intransmissibilidade mais rigoroso – justifica-se por ser uma espécie de “vacina” contra o risco de uma decisão enviesada – influenciada por uma primeira impressão do caso, a partir do contato direto com o registro com as declarações anteriores – carece de um maior suporte epistêmico; isso porque, sendo

32 ... é comum que testemunhas conversem entre si acerca do crime presenciado, e, durante essa conversa, uma testemunha pode recordar informações que a outra não havia codificado. Essas informações são armazenadas juntamente à memória original do fato, sem que haja um registro de quais informações foram inseridas durante ou após o evento¹⁸. (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018 p. 1061).

praticamente impossível impedir um conhecimento indireto sobre o resultado dessas declarações (alguma menção, na denúncia, sobre o que teriam dito as testemunhas na polícia; uma pergunta feita pelo acusador ou defesa de um coacusado em audiência; uma notícia de jornal ou mesmo na hipótese do julgador ter que verificar o porquê de o acusado estar respondendo o processo preso etc), dever-se-ia saber dizer com segurança o que ofereceria maior risco para a “contaminação” do julgador: p. ex., *a*) ter ciência (informal) de que na polícia três testemunhas incriminaram o acusado ou *b*) assistir os vídeos que registraram as três declarações (supostamente) incriminadoras?

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?», **Revus [Online]**, v. 39. 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5559>. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>

ARAS, Vladimir. O juiz das garantias e o destino do inquérito policial. **Conjur**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 08 abr. 2023.

AROCA, Juan Montero. Principio Acusatorio y Prueba em el Procesal Penal. In: Colomer, Juan LG (coord.). **Prueba y Proceso Penal**. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRAGA, Fernando. **Porque a hora é de pensar sobre como implementar o Juiz das Garantias**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317677/porque-a-hora-e-de-pensar-sobre-como-implementar-o-juizo-das-garantias>. Acesso em 5/7/2020.

BRAGA, Fernando; MARMELSTEIN, George. **A inconstitucionalidade do novíssimo juiz auditor da investigação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/opinioao-inconstitucionalidade-juiz-auditor-investigacao>. acesso em 5/7/2020.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Rev Bras Polít Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz de garantias**. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

CUNHA, José Damião da. O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento: arts. 356º e 357º do CPP: algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial. **Revista portuguesa de ciência criminal**, Coimbra, v. 7, n. 3, Jul.-Set 1997.

_____. **Dos Meios de Obtenção da Prova**. In: VALENTE, Manuel M. G., (coord.). II Congresso de Processo Penal. Coimbra. 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Prova e Sucedâneos da Prova no processo penal**, em Revista Brasileira e Ciências Criminais, n 66, mai-jun. São Paulo. 2007.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2da edição. Florianópolis: Ematis, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

FONTES, Samira da Costa; MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo Mendes. **O juiz das garantias e o descarte dos elementos de informação: Rumo Certo à Impunidade**. JusBrasil, jan 2020. Disponível em: <https://samirafontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 08 abr. 2023.

LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. **Learning & Memory**, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full>. Acesso em 13 de abril de 2023.

LOPES JR, Aury. **(Re)pensando os sistemas processuais penais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.** Boletim Informativo IBRASPP, São Paulo, v. 03, n. 05, 2013/02.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal.** São Paulo: Atlas, 2008.

MYERS, David G. *Psicologia Social.* 10ma edição. Tradução de Saniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing.** 3ra edição. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022.

RAMOS, Vítor de Paula. **La prueba testifical: del subjetivismo so objetivismo, del aislamiento científico al diálogo com la psicologia y epistemologia.** Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

SILVA, Germano Marques da. **Produção e Valoração da Prova em Processo Penal.** Revista do CEJ, Lisboa, n. 4, p. 37-53, 2006.