



Febrero 2019 - ISSN: 1988-7833

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCEDIMENTO ACUSATÓRIO

Autora: Gisella Lopes Gomes Pinto Ferreira¹

Abogada, especialista en derecho procesal penal

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Gisella Lopes Gomes Pinto Ferreira (2019): "A prova testemunhal no procedimento acusatório", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (febrero 2019). En línea: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2019/02/procedimento-acusatorio.html>

Resumen: La prueba testimonial fue vista a lo largo de la historia como un medio de prueba cuestionable. Se desconfiaba de los testigos en sí, así como del contenido de sus testimonios y aún, de la forma de producción de tal prueba. Aún hoy, la prueba testimonial es vista por algunos con cierta desconfianza, siendo bastante criticada. Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia de este medio de prueba, considerada uno de los más, sino el más utilizado dentro del proceso penal brasileño, se busca comprender la prueba testimonial de forma más profunda. De esta forma, el presente artículo tiene por objetivo hacer un análisis de la prueba testimonial a través del estudio integrado de la legislación actual y del contexto histórico. De esta forma, se busca analizar el sistema de pruebas al día, definiendo tal medio de prueba y delimitando sus características. Además, se busca identificar sus ventajas y desventajas, así como comparar su uso e interpretación en el pasado con su aplicación en los días actuales.

Palabras clave: Medios de prueba; Prueba testimonial; Procedimiento penal; Estado Democrático de derecho.

Resumo: A prova testemunhal foi vista ao longo da história como um meio de prova questionável. Desconfiava-se das testemunhas em si, bem como do conteúdo de seus depoimentos e ainda, da forma de produção de tal prova. Ainda hoje, a prova testemunhal é vista por alguns com certa desconfiança, sendo bastante criticada. Todavia, haja vista a importância deste meio de prova, considerada um dos mais, senão o mais utilizado dentro do processo penal brasileiro, busca-se compreender a prova testemunhal de forma mais profunda. Dessa forma, o presente artigo tem por objetivo fazer uma análise da prova testemunhal através do estudo integrado da legislação atual e do contexto histórico. Assim sendo, busca-se analisar o sistema de provas hodierno, definindo tal meio de prova e delimitando as suas características. Além disso, busca-se identificar as suas vantagens e desvantagens, bem como comparar o seu uso e interpretação no passado com a sua aplicação nos dias atuais.

¹ Abogada criminalista graduada por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), especialista en derecho procesal penal gisella.lgpf@gmail.com

Palavras chave: Meios de prova; Prova testemunhal; Processo Penal; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The testimonial evidence was seen throughout history as a questionable mean of evidence. People were suspicious of the witnesses themselves, as well as the content of their testimony and the way of producing such evidence. Even today, the testimonial evidence is seen by some with a certain distrust, being much criticized. However, given the importance of this evidence, considered one of the most, if not the most used in Brazilian criminal procedure, it is sought to understand the testimonial evidence in a deeper way. Thus, the purpose of this article is to analyze the testimonial evidence through an integrated study of current legislation and historical context. Therefore, it is sought to analyze the system of evidence today, defining such means of proof and delimiting its characteristics. In addition, it seeks to identify its advantages and disadvantages, as well as to compare its use and interpretation in the past with its application in the present day.

Keywords: Means of evidence; Witness testimony; Criminal procedure; Democratic state.

1. DA PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal por muito tempo foi considerada a “prostituta das provas”. O ranço de tal concepção é tão marcante que, ainda hoje, incrivelmente, alguns persistem em defender essa velha ideia e/ou fazem essa mesma alusão à prova testemunhal. A confissão, por outro lado, era considerada “a rainha das provas”, pois se entendia que:

Si el acusado confiesa, es culpable; si no confiesa, miente usando la fuerza que lhe proporciona su propia maldade. (Es ló que, em la sociologia contemporânea, Robert Merton llamará alquimia moral, o sea, ló bueno es malo si lo realiza el enemigo).²

Há quem também valore a confissão dessa forma, no entanto, hoje, faz-se necessária uma análise da confissão de forma conjunta com as demais provas dos autos (art. 197, CPP)³. Atualmente, dentro da visão de um processo penal constitucional que preza pelo sistema acusatório, tal classificação, *prostituta* ou *rainha* das provas, não mais se sustenta, haja vista a inexistência de um sistema tarifário probatório, ou admissão de qualquer hierarquia entre as provas existentes. É dizer, não há hierarquia entre as provas, uma vez que o juiz constrói sua decisão com base no livre convencimento motivado.

Assim sendo, a prova testemunhal, a confissão, a prova pericial e as demais, encontram-se, todas, em um mesmo patamar, cabendo ao juiz, para a construção de sua decisão, a livre apreciação dos elementos trazidos aos autos, sempre com a necessária fundamentação prevista na Constituição da República de 1988 (art. 93, IX)⁴ e no diploma processual penal (art. 381, III, CPP)⁵. Além disso, frisa-se, o juiz não está adstrito a nenhum meio de prova, o que não o autoriza a deixar de valorar as provas carreadas e fundamentar em sua decisão, elucidando os motivos que o levaram a entender em conformidade ou em desconformidade com certa prova. Logo, tem o juiz que apreciar todas as provas ali trazidas e esclarecer o porquê acolhe algumas e rejeita outras, evidenciando, dessa maneira, como o seu convencimento foi construído: sempre a partir da apreciação das provas produzidas em juízo.

Não obstante, o conhecimento da inexistência de hierarquia entre as provas verifica-se ao longo da história e, inclusive, nos dias atuais, em que a prova testemunhal é ainda foco de críticas negativas, análise essa feita a partir de suas características classicamente apontadas pela doutrina e pela legislação.

Inicialmente, tratemos das características da prova testemunhal, para, depois, apresentarmos e pontuarmos as críticas que ela recebe. Vejamos. Ao falar da prova testemunhal, Aranha⁶ destaca algumas de suas características, quais sejam: ter de ser pessoa natural a que presta as declarações; ser essa pessoa estranha ao fato, ou seja, não estar incluída entre os sujeitos processuais; e ter a capacidade para depor - ter sido chamada a depor -, a de ser ouvida, não devendo em tal momento emitir opinião sobre as conjecturas, além de limitar suas declarações aos fatos ligados ao litígio, com objetividade... De acordo com Cordero:

los testimonios son relatos em primera persona (...) El actor narra hechos afirmando haberlos percibidos, y a menudo evoca aços suyos. La objetividad

² Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2001): “El discurso feminista y el poder punitivo”. En Pierangeli, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, pp. 19-38.

³ BRASIL (2017). Código de processo penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

⁴ BRASIL (2016) Constituição da República Federativa do Brasil. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

⁵ BRASIL (2017). Código de processo penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

⁶ Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. (2006): “A prova no processo penal.” Editora Saraiva, São Paulo, p.159.

del testimonio, exigida por las normas, parece ilusória a quien considere La interioridad neusíquica.⁷

Considerando as visões doutrinárias expostas, teríamos, de forma sintetizada, como características da prova testemunhal, a judicialidade, a oralidade, a objetividade e a retrospectividade.

A judicialidade diz respeito ao momento de produção da prova, ou seja, em juízo, sob o crivo do contraditório. Sobre esse ponto, destaca Badaró que os depoimentos prestados na fase inquisitorial ou em processo administrativo não são tecnicamente provas testemunhais e que "somente quando alguém depõe perante um juiz, e na presença das partes, submetendo-se ao contraditório, é que se tem verdadeira prova testemunhal."⁸ A regra, portanto, é a da produção de provas em juízo, conforme leciona o art. 155 do CPP, garantindo-se o contraditório, a participação das partes no momento da produção da prova.

Excepcionalmente, as provas poderão ser produzidas em momento anterior, desde que presentes requisitos que demonstrem que a prova há de ser produzida de forma antecipada, cautelarmente, diante da ampla probabilidade de não se poder repetir, ou mesmo produzir originariamente, tal prova no momento adequado: em juízo. Aqui, teríamos a hipótese de uma testemunha que se encontra em péssimo estado de saúde, correndo risco de vida, precisar, desde logo, ainda na fase inquisitorial, ser ouvida de forma cautelar. Tal permissão é dada pelo CPP, desde que as garantias processuais sejam observadas neste momento anterior ao processo.

No caso, porém, da colheita do depoimento de uma testemunha, cujo aspecto da cautelaridade não estivesse presente no momento das declarações prestadas em sede policial - e, portanto ausentes os cuidados e garantias que se teriam naquele momento - vindo essa, *a posteriori*, quando da instrução do processo, a falecer, questionar-se-ia a possibilidade do acatamento dessas declarações prestadas na delegacia como prova testemunhal. Tecnicamente, tais declarações não poderiam ser aceitas, haja vista a previsão de que as provas devem ser produzidas em juízo, restando, dessa forma, violadas a observância da judicialidade e das garantias do contraditório em caso de acolhimento.

Sobre a possibilidade de se acolher a declaração de testemunha prestada em sede policial, estando, nesse momento, ausente justificativa de produção antecipada de prova, vindo, quando da instrução a falecer, esclarece Oliveira, em entrevista, que tal depoimento não deve ingressar como prova nos autos, pois evidencia-se irrepitível pela sua natureza, ou seja, quanto a sua fonte. E, ainda, que "fato da morte é relevante, mas não autoriza a dispensa do contraditório. No entanto, circunstâncias especialíssimas poderiam autorizar a valoração de seu conteúdo, se alinhado com outras da mesma natureza (testemunhal)".⁹ Questionado acerca de um exemplo em que tal depoimento poderia ser excepcionalmente admitido nos autos, Oliveira ilustra com um caso onde elementos de prova da materialidade do delito se tornam comprovados em sua completude *a posteriori*, qual seja crime organizado. Nesse, a testemunha deixa um vídeo e é morta antes de depor (atentado evidente), o qual, segundo o entrevistado, deveria ser analisado e considerado como prova se em conformidade com o conjunto probatório. Assim sendo, Oliveira destaca que o "direito é regra, mesmo, mas é também exceção. Princípios, então, submetem-se a juízo de adequabilidade ao caso concreto."¹⁰

Cordero também rejeita o acolhimento de tais relatos, uma vez tomados fora do contraditório, o que implicaria em um retrocesso equiparado ao retorno ao Antigo Regime.¹¹ A oralidade refere-se ao modo de produção da prova oral em juízo, evitando-se, com isso, a construção do convencimento a partir do que foi simplesmente reduzido a termo em momento anterior ao processo e sem observância das garantias processuais constitucionais. O CPP, em seu art. 204, *caput*, elucida a oralidade como regra em nosso ordenamento, não permitindo a testemunha trazer o seu depoimento por escrito. Tal característica será abordada quando da contraposição entre a forma de produção da prova testemunhal nos procedimentos acusatório e inquisitório.

⁷ Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo II. Editora Temis S.A, Colômbia, p. 55.

⁸ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. (2008): "Direito Processual Penal". Tomo I. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, p. 37.

⁹ Oliveira entrevista.

¹⁰ IBIDEM.

¹¹ Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo I. Editora Temis S.A, Colômbia, p. 92.

Quanto à retrospectividade, essa seria simplesmente a característica de os fatos ali contados se referirem a algo ocorrido no passado. A objetividade, por sua vez, estaria prevista no art. 213 do CPP, tendo por finalidade que a testemunha restrinja o seu relato aos fatos em apuração, havendo exceção legal prevista quando da impossibilidade de se fazer tal separação. Nota-se que tal previsão tem por fim afastar a subjetividade, intrínseca do ser humano, da prova - o que parece ser uma tarefa, independente do caso, se não difícil, impossível. Isso, contudo, não impede ou permite o desprezo total da prova testemunhal. E é exatamente neste ponto, na questão da objetividade da prova testemunhal, que pairam as maiores críticas negativas a seu respeito.

As dificuldades em se conseguir a objetividade poderiam ser vistas primeiramente ao se verificar que a testemunha não é um observador atento do fato, no mais das vezes estava ali no momento da ocorrência do delito por acaso, presenciando apenas algumas faces de um poliedro complexo no qual consiste o crime. Nesta senda, Aranha destaca que a prova testemunhal seria a mais suscetível a erros ainda que a testemunha aja conforme a correção. Ademais, ele pontua que existem quatro fatores claramente limitam e afetam a prova testemunhal: o modo em que se presenciou os fatos fisicamente e emocionalmente, a sua percepção e análise pessoal dos fatos em si, a forma pela qual a testemunha é inquirida e, por último, o estado psicológico da testemunha quando da inquirição.¹²

Dessa forma, a objetividade elencada como característica já estaria afastada. Cordero também destaca, em sua obra, que a objetividade por vezes buscada na prova testemunhal é algo utópico, pois a captação e retenção de uma imagem dos fatos não ocorre de forma objetiva e que, por isso, o que se extrai da prova testemunhal também não poderia ser, principalmente, como já ressaltado, pelas influências e as circunstâncias em que ocorreram os fatos e modo pelos qual foram observados pela testemunha.¹³

Lopes Jr. e Di Gesu, ainda nesta linha, tratam (em artigo) do que chamam de “falsas memórias”, e trazem a abordagem de uma série de fatores, inclusive psíquicos como faz Cordero, que poderiam afetar a prova testemunhal a tal ponto de o relato de uma testemunha ser sobre algo que jamais presenciou, em razão dessas influências oriundas não só do tempo, mas da própria memória e imaginação de quem relata os fatos.¹⁴ Ao final do artigo, afirmam que o ideal deveria ser o abandono do uso da prova testemunhal. Todavia, reconhecendo o idealismo de sua proposta, sugerem medidas que poderiam amenizar os danos trazidos.

A primeira medida seria alusiva ao momento de colheita da prova, ocasião em que destaca que o ato deveria ser realizado em um tempo razoável, a fim de que o esquecimento não atuasse, como vemos comumente na prática. A segunda, seria quanto ao modo de produção da prova testemunhal, que deveria englobar, para um melhor aproveitamento da prova, técnicas de interrogatório e de entrevista cognitiva. A terceira seria a gravação das entrevistas para que os julgadores de outras instâncias tivessem real conhecimento de como e do que foi produzido. Nota-se que a gravação é um recurso já utilizado em alguns, poucos, julgamentos. Por fim, trata da exploração de hipóteses distintas da acusatória, como as levantadas pelas vítimas e testemunhas.¹⁵

Quanto à credibilidade da prova testemunhal, há essa de ser verificada tão somente em cada caso concreto, observando-se o que é relatado e o modo como é relatado. Não é possível, de pronto, ignorar a prova testemunhal sob o argumento generalista de que todas as testemunhas poderiam mentir, inventar... Somado a isso, cabe ressaltar a inexistência de uma fórmula mágica para se aferir a credibilidade de um testemunho.¹⁶

Outra crítica, essa sem se referir às características da prova testemunhal, seria acerca da possibilidade de seu acatamento quando fosse a única prova existente. Nesse contexto, novamente, não cabe o simples desprezo da prova testemunhal de imediato e como regra, mas, sim, uma valoração de seu conteúdo, como a que seria feita com qualquer outra prova - diante da inexistência, já referida, de um sistema tarifário de provas – considerado, entre outros aspectos, as peculiaridades do caso concreto.

¹² Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. (2006): "A prova no processo penal." Editora Saraiva, São Paulo, p.157

¹³ Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo II. Editora Temis S.A, Colômbia, p. 54.

¹⁴ Lopes Jr., Aury; Di Gesu, Cristina Carla. (2007): "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos". En *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, setembro 2007, p. 4341.

¹⁵ IBIDEM, p. 4351,

¹⁶ Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo II. Editora Temis S.A, Colômbia, p. 55.

Em que pesem tais críticas, temos de forma consolidada na doutrina pesquisada que a prova testemunhal é considerada a mais ou, pelo menos, uma das mais utilizadas dentro do processo penal.

Lopes Jr. salienta que a prova testemunhal seria a prova mais utilizada no processo penal brasileiro devido às restrições técnicas da polícia judiciária e que, não obstante sua fragilidade e credibilidade, seria ainda a base da maioria das sentenças, absolutórias ou condenatórias.¹⁷ Oliveira, por seu turno, pontua que o fato de a prova testemunhal ser, talvez, a mais utilizada no processo penal, já justificaria por si o maior cuidado com essa prova, pelo fato de a testemunha ser "titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si".¹⁸

Na mesma direção dos processualistas citados, Lopes Jr. e Di Gesu argumentam que muitas vezes a prova testemunhal é a única prova existente a ser usada pelas partes.¹⁹ Dessa forma, se não há um sistema tarifário de provas, como classificar as provas em mais ou menos falhas? Mais ou menos adequadas para apuração de determinados crimes?

A hierarquia de provas não é admitida, o que pode haver é uma certa especificidade de provas no que tange à apuração de certos delitos em razão de sua própria natureza, como no caso de um crime material, cujo exame de corpo de delito é expressamente requerido (art. 158, CPP). Enaltecer falibilidade humana a fim de se desprezar a prova testemunhal não leva a lugar algum. A falibilidade está presente em todos os meios de prova, não apenas na prova testemunhal. Uma perícia pode conter erros... Contudo, tal aspecto persiste em ser destacado majoritariamente na prova testemunhal e, junto dele, a desconfiância na testemunha em razão da crença de que todas as testemunhas podem, embora prestem o compromisso de dizer a verdade, dizer algo que não presenciaram ou diferente do que, de fato, assistiram.

As mais variadas classificações da prova testemunhal também são notadas na rotina das audiências, faz-se comumente a distinção de uma prova testemunhal que pode acrescer ao processo daquela que pouco o enriquece, como o das chamadas "testemunhas de beatificação". E mais: a distinção da prova testemunhal de quem realmente esteve presente no momento da prática delitiva do simples e inconsistente "ouvi dizer". Quando o tema é prova testemunhal, nem mesmo ditado popular é afastado, como o "quem conta um conto aumenta um ponto".

Pelo exposto, verifica-se que o campo da discussão acerca da prova testemunhal é mais do que amplo e que os eventuais problemas aqui levantados, seja em razão das críticas às suas características, seja pela desconfiança com que é vista, não sejam nem mesmo pelo Processo Penal resolvidos. Contudo, tal visão não pode justificar o repúdio à prova testemunhal, muito menos autorizar o desrespeito à sua forma de produção, considerada como a melhor forma para que se obtenha uma prova mais objetiva possível e não totalmente objetiva, haja vista a impossibilidade do subjetivismo ser afastado em qualquer atividade humana.

Destarte, o fato de a prova testemunhal ser, talvez, a mais utilizada no Processo Penal brasileiro nos alerta para a relevância e cuidado com que o tema deve ser tratado. Neste sentido, sustenta Oliveira que apesar de sua fragilidade, tal meio de prova é extremamente importante e muito utilizado. Deste modo a sua colheita deve ser feita, em regra, em juízo.²⁰

O que se pretende com este trabalho, dentro dessa temática tão vasta, com diversos pontos a serem estudados, é verificar o modo de produção dessa prova dentro do Direito Processual Penal Brasileiro. Há a previsão no CPP, art. 155, *caput*, de que as provas devem ser produzidas em juízo, ou seja, sob o crivo do contraditório, possibilitando a participação das partes, tanto na sua produção quanto na impugnação. Dessa forma, o que não pode ocorrer é uma exclusão da testemunha do processo, da mesma forma que se faz com a vítima do crime.²¹ A exclusão da testemunha no processo penal, muitas vezes se faz, não pela substituição da testemunha pelo Estado no seu dever-punir (o que ocorre com a vítima), mas sim pelo fato de a testemunha ser muitas vezes ignorada, dispensada. E, o pior, não ser

¹⁷ Lopes Junior, Aury. (2009): "Direito Processual Penal e sua conformidade". Volume I. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 646.

¹⁸ Oliveira, Eugênio Pacelli de. (2012): "Curso de Processo Penal". Editora Atlas, São Paulo, p. 40.

¹⁹ Lopes Jr., Aury; Di Gesu, Cristina Carla. (2007): "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos". En *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, setembro 2007, p. 4340.

²⁰ Oliveira, Eugênio Pacelli de. (2012): "Curso de Processo Penal". Editora Atlas, São Paulo, p. 405.

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2001): "El discurso feminista y el poder punitivo". En Pierangeli, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, pp. 19-38.

ouvida, quando ali presente no ato processual, tendo sua participação muitas vezes restrita à simples ratificação das declarações prestadas em sede administrativa. Dessa maneira, olvida-se que a sua participação e oitiva encontram-se legalmente expressas no Código de Processo Penal (art. 400, CPP).

Como dito, em muitos casos, as testemunhas prestam declarações em sede policial e, ao comparecerem na audiência de instrução e julgamento, são questionadas simplesmente se confirmam ou não as declarações na delegacia prestadas. Surgem, daí, três problemas.

O primeiro volta-se para o fato de as provas, conforme já ressaltado, terem de ser produzidas em juízo (art. 155 do CPP). O segundo é que o simples questionamento sobre ratificar ou não a declaração prestada em sede policial despreza claramente o diálogo, a produção da prova ali, ao vivo, o que ofende o princípio da oralidade e do contraditório pois, quando das declarações na delegacia, não foi a testemunha ouvida com a observância de tais garantias, bem como não houve participação das partes e muito menos a presença do juiz. O terceiro é que as atas podem não transmitir com fidelidade o que foi falado, haja vista se tratar de uma interpretação feita daquilo que se ouviu e se passou para o papel.

E mais, ao se repudiar a produção ao vivo em audiência e se considerar tão somente a declaração da fase pré-processual, tem-se o prejuízo da supervalorização de atas em contraposição à oralidade, pois se enaltece uma declaração reduzida a termo, produzida sem a participação das partes, que ignora além do momento apropriado para a produção, a riqueza que o discurso, que a fala, que a expressão oral possui, percebidos não só no conteúdo do que é dito, mas também no modo como é dito, com as expressões utilizadas, gestos, fisionomia do orador. A partir do que é ali falado, em juízo, devem as partes construir sua defesa e o juiz a sua decisão, e não na simples redução de algo falado antes mesmo de se iniciar o processo penal, sem a observância das garantias legais.

Nessa linha, cabe destacar Gadamer, que mostra que toda tradução é uma nova interpretação.²² Sobre a ótica do processo penal, teríamos, então, que a fala reduzida à escrita implica em uma nova interpretação do que foi dito, o que evidencia maiores prejuízos no simples ratificar das atas do inquérito, posto que é feito um julgamento de atas que cuidaram, portanto, não do que foi falado pela testemunha, mas de uma nova interpretação feita por aquele que reduziu o discurso a termo - repita-se: sem a observância das garantias - e foi levado aos autos. Lopes Jr. e Di Gesu enaltecem os perigos da tradução, posto que esse ato envolve transformação, evidente pelo significado da palavra tradução do italiano, a qual indica perdas.²³

A simples ratificação das declarações prestadas em sede administrativa reduz a riqueza da produção da prova ao vivo ao restrito conteúdo das atas, consistentes essas em declarações que nem prova são, uma vez que não foram produzidas em juízo, não respeitaram o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o princípio da oralidade... Dessa forma, faz-se necessário a oitiva da testemunha ali presente na audiência de instrução e julgamento dentro da concepção de um processo penal constitucional que pressupõe um procedimento acusatório.

Afinal, por que se ignorar a participação da testemunha? Por que restringir a sua fala? Há de se utilizar do meio de prova legalmente previsto, ouvindo-se a testemunha em juízo, valorizando a riqueza do diálogo, do debate, da fala com todas as peculiaridades de um discurso permeado por gestos, entonação de voz, expressões faciais, em respeito aos princípios aludidos e, de forma especial, o princípio da oralidade, prezando-se pela consolidação do procedimento acusatório almejado dentro de um modelo de processo penal constitucional. Caso contrário, ficaremos presos às atas e não são poucos os que, presos, desejam permanecer: "Nos labirintos do sistema processual brasileiro habita Inocência III; e não são poucos os que gozam o lugar de um Torquemada".²⁴

2. O DISCURSO DAS ATAS: A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCEDIMENTO INQUISITÓRIO

Antes de analisar a produção da prova testemunhal em cada um dos chamados sistemas processuais inquisitório e acusatório, esclarece-se que, em vez do termo *sistema*, comumente utilizado pela doutrina, é, aqui, adotado o termo *procedimento*, nos moldes lecionados pelo Prof. Leonardo

²² Gadamer, Hans-Georg. (2007): "Verdade e Método Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". Editora Universitária São Francisco, Petropolis, p. 509.

²³ Lopes Jr., Aury; Di Gesu, Cristina Carla. (2007): "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos". En *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, setembro 2007, p. 4344.

²⁴ Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. (2010): "O sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado". En *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 39 2010, p. 203.

Marinho.²⁵ A adoção do termo *procedimento* justifica-se, entre outros motivos elucidados no artigo, pelo fato de não existir, ao longo da história, um sistema acusatório e um sistema inquisitório, cada qual com suas características de forma uniforme, pura, harmônica e universal. Existiram, a cada tempo, variados procedimentos com características comuns e outras peculiares do acusatório ou do inquisitório e, até mesmo de ambos, o que impede, portanto, a utilização do termo *sistema*, que nos remete à ideia de unidade, jamais existente. Assim sendo, aqui se busca destacar, no que tange cada um dos procedimentos, características que, de forma mais ou menos acentuadas, estiveram presentes em cada sistema, precipuamente neste trabalho, no que se refere à prova testemunhal.

No sistema inquisitório, imperava o discurso das atas e a produção de provas por escrito de forma secreta.²⁶ Ignorava-se o discurso, o debate, a fala. A supressão desses elementos fazia-se necessária a fim de se permitir o controle da produção de um saber secreto, que visava à ratificação de uma hipótese já levantada e consolidada antes mesmo da abertura de um procedimento penal, a qual deveria ser igualmente verificada ao final do processo. “No método inquisitório, a apuração secreta da verdade constitui o eixo central do procedimento penal, e substitui o debate oral, público, contínuo, em contraditório, perante os jurados, que caracteriza a forma acusatória”.²⁷ Neste contexto, a produção da prova testemunhal dava-se de forma secreta, sendo o discurso do entrevistado reduzido às atas que, em momento posterior, eram analisadas no processo. A redução do discurso às atas consistia, portanto, em forma de controle do que se obtinha como meios de prova. Prevalencia o discurso institucionalizado, cuja primeira consequência era eliminar o debater jurídico. A discussão, intrínseca ao procedimento acusatório, é abandonada para dar espaço ao aludido discurso oficial.²⁸

O perigo da redução do discurso às atas poderia também ser observado na possibilidade de haver alterações não só no conteúdo da prova - o que, por si só, já revelaria grave prejuízo -, mas também permitir, pelos recursos mais perversos, que o testemunho coadunasse com a hipótese já almejada pelos inquisidores. As testemunhas, de acordo com Cordero eram inquiridas em audiência secreta, após fazerem o juramento. Se, após tal audiência, se entendesse necessária nova oitiva, fazia-se presente o seguinte procedimento: primeiro, eram lidas as declarações anteriormente prestadas e, em seguida, a testemunha era questionada se confirmava ou não o que havia dito. Caso mudasse a versão apresentada, a testemunha poderia ser investigada e castigada por falso testemunho.²⁹ Do exposto, nota-se que a prática brasileira na produção da prova testemunhal, restrita à simples ratificação das declarações prestadas em sede policial, tem clara origem inquisitória.

3. O DEBATE: A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCEDIMENTO ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é caracterizado pela maioria dos autores pela atribuição, a pessoas distintas, das funções de acusar e julgar. No entanto, embora seja comumente destacada, tal característica não é a única, nem pode ser classificada como a principal dentro do procedimento, devendo as outras características ser recordadas.

Destaca-se que o procedimento acusatório preza pela produção da prova testemunhal em juízo e de forma oral para que não se tenha o prejuízo do simples ratificar de atas da fase de instrução. Nas aulas ministradas pelo Prof. Leonardo Augusto Marinho Marques, sempre foi ressaltado que a oralidade não é a palavra que se perde ao vento, ou mesmo carrega a ideia de *telefone sem fio*. Ao contrário, a oralidade é a gestão da informação, é a forma de produzir informação que vai ser analisada naquele momento. Foi destacado, ainda, que as atas não conseguem resgatar todos os testemunhos, além de promoverem a descontinuidade temporal – entre a produção do ato e o seu julgamento.

A descontinuidade temporal pode ser observada, conforme elucidado por Prado³⁰ no momento em que uma prova é adquirida e conservada para, em momento posterior, ser analisada - e o

²⁵ Marques, Leonardo Augusto Marinho. (2010): “A hiper-racionalidade inquisitória”. En Bonato, Gilson (Coord.) *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 475-486.

²⁶ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. (2008): “Direito Processual Penal”. Tomo I. Editora Elsevier, Rio de Janeiro, p. 37

²⁷ Marques, Leonardo Augusto Marinho. (2010): “A hiper-racionalidade inquisitória”. En Bonato, Gilson (Coord.) *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 475-486.

²⁸ IBIDEM.

²⁹ Cordero, Franco. (2000): “Procedimiento Penal.” Tomo II. Editora Temis S.A, Colômbia, p. 29.

³⁰ Prado, Geraldo. (2006): “Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, P. 155.

pior, por juízes diferentes. Dessa forma, juízes que não participaram da produção daquela prova vão julgar algo que não sentiram, posto que julgariam algo que não foi apreciado pela maior e melhor dimensão possível para proferir sua decisão.

Prado destaca lição de Francisco Morato ao tratar da oralidade, afirmando que essa é compreendida como o predomínio da palavra falada, "a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; a identidade física do órgão judicante em todo decorrer do processo; a concentração da causa no tempo".³¹

Faz-se necessário o debate, a produção da prova em audiência, espaço para tanto, para o diálogo. O autor destaca ainda que, assim como, durante o procedimento inquisitório, foi a escrita utilizada como forma de poder e de controle da população de iletrados, ela, ainda hoje exerce papel correspondente, na medida em que a maior parte das intervenções processuais faz-se por meio da escrita, além de exigir a habilidade técnica inerente dos advogados, o que inviabiliza o diálogo no processo.³² Dessa maneira, nos mostra que, assim como Justiça Eclesiástica exercia com a escrita o seu poder durante o inquisitório- quando havia poucos letrados e uma multidão de analfabetos, tornando o acesso ao que era produzido limitadíssimo- a participação, ainda nos dias atuais se torna estrita novamente, vez que a maioria das intervenções processuais se dá pela forma escrita e essa exige habilidade técnica, própria dos profissionais do direito, impedindo assim que haja um diálogo no processo. Pelo exposto, conclui-se que a oralidade é requisito de participação efetiva no processo penal.³³

4. A VEDAÇÃO DO APROVEITAMENTO DO DEPOIMENTO NO INQUÉRITO NO PROCEDIMENTO MODELO

O procedimento modelo, detalhadamente trabalhado na obra de Fernandes³⁴, é utilizado no Tribunal Penal Internacional em Haia e, nele, temos que as provas produzidas durante a fase de investigação não podem ser utilizadas no processo. Isso porque o processo cuida do momento pertinente para a produção da prova. Frisa-se que, no referido procedimento, há a previsão da produção de provas e pedido de diligências por parte da defesa ainda durante a fase pré-processual, o que confere uma maior participação da defesa no momento em que essa, no modelo brasileiro, tem suave espaço de atuação. Nota-se que, no procedimento modelo, mesmo havendo a previsão de participação da defesa e sob o crivo do contraditório na fase da investigação, é vedado o aproveitamento dos elementos colhidos na investigação no processo judicial.

O que chama atenção ao se comparar tal previsão com o que temos no processo brasileiro é que, em nosso país, apesar da ausência de normas que autorizam a ampla intervenção da defesa durante a fase do inquérito – ainda que haja a recente súmula que buscou firmar o acesso dos advogados ao inquérito, posto que vigora quanto ao momento a regra do sigilo que se sobreponha por vezes ao direito de defesa do acusado, deixando-o sem notícia do que era investigado – permite-se, na prática, o aproveitamento desses elementos colhidos neste momento em que o contraditório, diferentemente do que ocorre no procedimento modelo, não é observado.

Aqui, haveria uma discrepância: enquanto no procedimento modelo veda-se o aproveitamento dos elementos de investigação, ainda que, nesta fase, seja garantido o contraditório, no Brasil, onde não há tal garantia na aludida fase, faz-se comumente o uso de tal elemento durante o processo. Nesse contexto, a simples leitura do depoimento prestado em sede policial, implica não só na exclusão da testemunha presente no ato, como também em ofensa à produção da prova em juízo, sob o crivo do contraditório. Isso porque, ainda que não seja o contraditório previsto no procedimento modelo na fase de investigação, o contraditório ideal ou pleno prevê, ao menos, uma possibilidade mais ampla de participação, a qual, não permite, todavia, o aproveitamento do elemento colhido nessa fase.

³¹ IBIDEM, p. 154.

³² Prado, Geraldo. (2006): "Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais". Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 155.

³³ IBIDEM, p. 158.

³⁴ Fernandes, Antônio Scarance. (2005): "Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal". Editora RT, São Paulo.

5. CONCLUSÃO

A prova testemunhal é uma das mais utilizadas no processo brasileiro e carrega, ainda hoje, a mácula deixada pelo procedimento inquisitório dentro de um sistema tarifário de provas, que hoje não mais se sustenta. O primeiro ponto a ser observado quando o tema é prova testemunhal é o seu momento de produção. Essa prova, assim como as demais previstas na lei, deve ser produzida em juízo, conforme o comando do art. 155 do CPP. A observância do dispositivo citado é essencial, vez que, somente durante o processo penal é possível se falar em contraditório, em participação das partes no momento da produção da prova, a fim de que ela possa questionar e se contrapor ao que é produzido.

Logo, não cabe em nosso ordenamento o simples traslado de declarações prestadas em sede policial, haja vista a ausência da garantia do contraditório naquele momento. A exceção restringe-se, como já abordado, nos casos em que a prova é produzida cautelarmente, ocasião em que as garantias citadas, nesse momento anterior ao processo e de forma excepcional, devem ser observadas.

O segundo ponto a ser observado se refere ao modo de produção da prova testemunhal, o qual é previsto nos artigos 203 e 204 do CPP. Tendo em vista tais dispositivos, temos que a prova deve ser produzida oralmente, como regra. A produção da prova em audiência, ao vivo, com a riqueza do discurso apresentado imediatamente pela testemunha que diretamente presenciou o fato faz com que a prova testemunhal ali produzida seja algo muito rico. A partir da análise dessa prova, em que se destaca o princípio da oralidade, pode o ato ser contraditado pelas partes e julgado pelo julgador da melhor forma possível, pois permitiu que esses analisassem o conteúdo relato a partir da própria compreensão que tiveram dele e não de uma interpretação ou redução – como no caso das atas - bem como a cadência da fala, a entonação, os gestos, os quais são também importantes ao se valorar a prova testemunhal, posto que influenciarão diretamente o acolhimento ou não do que é falado pelo julgador.

Não obstante o exposto e claro modo de produção da prova testemunhal, guiada pela oralidade, tem-se, na prática do processo penal brasileiro, a não observância a tal procedimento. A ratificação das atas dos depoimentos prestados em sede policial não basta para o processo penal. Como destacado pelo Professor Leonardo Augusto Marinho Marques nas aulas de graduação, o ato, a produção da prova ao vivo é que deve ser analisado, e não a ata. A ata, como dito, envolve uma série de problemas: não foi produzida no momento adequado e com a observância das garantias citadas, é uma interpretação feita de uma pessoa alheia ao processo, que acaba sendo nele inserida e se evidencia totalmente prejudicial à apreciação da prova, vez que tal análise deve ser feita por aquele que realmente vai julgar a prova e poderão se contrapor ao que é dito, bem como formular posicionamentos àqueles que são partes no processo.

Logo, as previsões do Código de Processo Penal e da Constituição da República de 1988 devem ser observadas, sob pena de permanecermos em permanente estado de exceção, o que não é desejado nem propício dentro de um país que busca a consolidação de um Estado Democrático de Direito e de um Processo Penal Constitucional em que as garantias dos indivíduos não podem ser ignoradas. Assim sendo, o discurso deve ser trazido para o processo, viabilizando dessa maneira a participação dos interessados, conforme ressaltado Marques³⁵, a alternativa para não se permanecer junto das marcas inquisitoriais.

Dessa maneira, em audiência, terão as partes, protegidas pelas garantias processuais constitucionais, a possibilidade de participar efetivamente da decisão que bem ou mal irá lhes afetar. Essa participação envolve, no caso da prova testemunhal, o discurso, a oralidade do ato no momento da produção da prova e não da rasa e não desejada ratificação de ata, pois isso não significa participação ativa, mas sim uma forma restritiva de participação. E, como visto, dentro de uma visão constitucional de processo, faz-se necessário que o procedimento traduza um perfil discursivo a fim de que viabilize a participação dos interessados para que, de forma ativa e efetiva, participem da decisão que os afetará.

6. REFERÊNCIAS

³⁵ Marques, Leonardo Augusto Marinho. (2010): "A hiper-racionalidade inquisitória". En Bonato, Gilson (Coord.) *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 475-486.

Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. (2006): "A prova no processo penal." Editora Saraiva, São Paulo.

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. (2008): "Direito Processual Penal". Tomo I. Editora Elsevier, Rio de Janeiro.

BRASIL (2016) Constituição da República Federativa do Brasil. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL (2017). Código de processo penal. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo I. Editora Temis S.A, Colômbia.

Cordero, Franco. (2000): "Procedimiento Penal." Tomo II. Editora Temis S.A, Colômbia.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. (2010): "O sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado". En *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 39 2010, p. 187-206, 2010.

Fernandes, Antônio Scarance. (2005): "Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal". Editora RT, São Paulo.

Gadamer, Hans-Georg. (2007): "Verdade e Método Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". Editora Universitária São Francisco, Petropolis.

Lopes Junior, Aury. (2009): "Direito Processual Penal e sua conformidade". Volume I. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

Lopes Jr., Aury; Di Gesu, Cristina Carla. (2007): "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos". En *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, setembro 2007, p. 4340-4351.

Marques, Leonardo Augusto Marinho. (2010): "A hiper-racionalidade inquisitória". En Bonato, Gilson (Coord.) *Processo penal, constituição e crítica - estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 475-486.

Oliveira, Eugênio Pacelli de. (2012): "Curso de Processo Penal". Editora Atlas, São Paulo.

Prado, Geraldo. (2006): "Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais". Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2001): "El discurso feminista y el poder punitivo". En Pierangeli, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, pp. 19-38.