

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CAROLINE CORTES DE SOUZA**

**DEPOIMENTOS DE POLICIAIS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO
MOTIVADA – ANÁLISE DE AUDIÊNCIA EM VARAS CRIMINAIS NA COMARCA
DE JUIZ DE FORA**

**Juiz de Fora
2017**

CAROLINE CORTES DE SOUZA

**DEPOIMENTOS DE POLICIAIS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO
MOTIVADA – ANÁLISE DE AUDIÊNCIA EM VARAS CRIMINAIS NA COMARCA
DE JUIZ DE FORA**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. João Becon de Almeida Neto.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CAROLINE CORTES DE SOUZA

DEPOIMENTOS DE POLICIAIS E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA – ANÁLISE DE AUDIÊNCIA EM VARAS CRIMINAIS NA COMARCA DE JUIZ DE FORA

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. João Becon de Almeida Neto.
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof.^a. Kélvia de Oliveira Toledo Guimarães
Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Prof. Dr. o Ricardo Ferraz Braidá Lopes
Universidade Estácio de Sá

PARECER DA BANCA

- APROVADA
 REPROVADA

Juiz de Fora, 24 de novembro de 2017.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o grau de credibilidade dado à prova testemunhal no processo penal deve ser questionado, sobretudo pelo fato de ela ser considerada um “mal necessário”. Faremos uma abordagem crítica no tocante à utilização do princípio da persuasão racional, para validar o decreto condenatório fundamentado apenas nos testemunhos dos policiais, evidenciando a atuação do magistrado como juiz-ator e sua preferência pelo modelo inquisitorial ao querer revelar a “verdade-real” em uma sentença condenatória. O intuito desse trabalho é também demonstrar como a rotina forense acaba por transformar o processo penal em um “jogo de encenação”, e como o magistrado deve estar atento para a necessidade de aplicar rigorosamente as garantias do sistema acusatório, a fim de diminuir os resquícios do sistema inquisitorial. Busca-se, através do método cartográfico, diante da experiência prática na 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, realizar uma análise crítica e reflexiva sobre a colheita da prova testemunhal e sua utilização para fundamentar uma sentença condenatória.

Palavras-chave: Prova Testemunhal. Depoimento Policial. Princípio da persuasão racional.

ABSTRACT

This paper proposes to demonstrate that the credibility level given to the testimonial evidence in the criminal process must be questioned, mainly because it is considered a necessary evil. A critical approach is done regarding the use of the principle of rational persuasion in order to validate the condemnatory decree based only on the testimony of the policemen, highlighting the role of the magistrate as a judge-actor and his preference for the inquisitorial model when the goal is to reveal the real truth in a condemnatory sentence. This work also shows how the forensic routine turns the criminal process into a staging game and how the magistrate must be aware of the need to rigorously apply the guarantees of the accusatory system, in order to reduce the remnants of the inquisitorial system. Through the cartographic method, in the face of practical experience in the 4th Criminal Court of the Judicial District of Juiz de Fora, the paper carries out a critical and reflexive analysis on how to get testimonial proofs and use them to base a condemnatory sentence.

Keywords: Testimonial proof. Police testimony. Principle of rational persuasion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – A PROVA TESTEMUNHAL E O PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL.....	9
CAPÍTULO 2 – A COLHEITA DE DEPOIMENTOS DE POLICIAIS NAS VARAS CRIMINAIS DA COMARCA DE JUIZ DE FORA.....	15
CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	23
FORMULÁRIO DAS AUDIÊNCIAS.....	25

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar como é a colheita do depoimento policial nas varas criminais de Juiz de Fora e como essa prova testemunhal é demasiadamente utilizada como elemento único para a formação da convicção do julgador. Será adicionado a este trabalho impressões obtidas quando da experiência de estagiar durante um ano dentro de uma das varas criminais da cidade. O trabalho contará também com dados colhidos de audiências assistidas durante o período de dois meses (setembro a novembro de 2017).

A experiência do estágio coligada à análise das audiências assistidas poderá evidenciar como o processo penal é adstrito à investigação pré-processual, sendo que os juízes acabam sendo parciais no momento da colheita do depoimento policial, deixando as garantias processuais penais como algo inatingível, ao mitigar a aplicação do sistema acusatório à instrução criminal.

O cenário do trabalho tem como ponto de partida discorrer brevemente sobre a fragilidade da prova testemunhal e demonstrar como o julgador, às vezes sem perceber, está cada vez mais influenciado pelo teor da denúncia e, conseqüentemente, pelas provas produzidas no inquérito. Daí questionamentos surgirão: o juiz estaria apenas reproduzindo as provas do inquérito para legitimá-las? O juiz estaria atuando de forma parcial quando colhe o depoimento policial já tendencioso e influenciado pelo relato da denúncia? A depender de como depoimento policial é colhido, é possível constatar o pré-julgamento do magistrado na audiência de instrução de julgamento?

Atentos ao fato de que o sistema penal cada vez mais se vale da utilização de provas testemunhais para ensejar um decreto condenatório, seja como prova única, seja como prova corroborada por outrem, a problemática é se, de fato, podemos/devemos dar tanta credibilidade a uma determinada prova, quando se tem por norte o princípio constitucional da presunção de inocência. Como é possível conferir ao depoimento policial a fê pública capaz de embasar o decreto condenatório? A imparcialidade do juiz estaria comprometida?

Em relação ao método escolhido a se utilizar neste trabalho, optamos por aplicar o método cartográfico, na medida em que foi possível assistir audiências nas varas criminais da cidade de Juiz de Fora e obter dados que serão conjugados com a experiência do estágio na 4ª Vara Criminal de Juiz de Fora.

Segundo Souza e Francisco (2016) a cartografia como método de pesquisa não se define por um conjunto de procedimentos previamente definidos a serem aplicados, mas sim

como uma atitude a ser praticada no processo de pesquisar e, sob essa perspectiva, ela será sempre um processo de construção, por ser uma metodologia fundada na experimentação e na prática de manter o pensamento aberto. Entretanto, a metodologia cartográfica conta com algumas orientações que conduzirão o pesquisador durante todo o desenvolvimento de sua investigação, com o objetivo de desenvolver e coletivizar a experiência do cartógrafo.

Pode-se perceber a cartografia como método de pesquisa interventiva, isto é, implica um mergulho do cartógrafo no plano da experiência, destinando-se assim ao acompanhamento de processos, com o mapeamento de uma realidade onde o cartógrafo deverá habitar. E, habitando o campo de pesquisa o cartógrafo irá direcionar sua atenção para o que ele considera como relevante para a sua pesquisa. A qualidade do método, portanto, está na atenção do pesquisador e na sensibilidade de coletar dados observados.

Assim, confiamos que os dados obtidos nas audiências assistidas, aliados às críticas de doutrinadores, confirmem as indagações propostas e os problemas práticos no ambiente forense criminal, no que se refere à utilização do depoimento policial e que, ao final, possamos indicar alguma solução para eventuais problemas verificados.

CAPÍTULO 1 - A PROVA TESTEMUNHAL E O PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL

A prova testemunhal está prevista no Título VII – “Da Prova”, no Capítulo VI, do Código de Processo Penal como autêntico meio de prova estreitamente ligado ao sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado ou convencimento racional), adotado pelo processo penal brasileiro, lastreado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Na grande maioria dos casos a fase pré-processual é norteada pelas provas testemunhais, sobretudo os testemunhos dos policiais que participaram da prisão em flagrante do acusado, ou que estiveram à frente das investigações. De toda sorte, o sistema processual penal vigente veda ao magistrado, fundamentar o decreto condenatório somente com base nas provas obtidas na fase de investigação.

Todavia, a prova testemunhal é o meio de prova mais fácil de ser utilizado, sendo habitualmente inserida na fundamentação de uma sentença condenatória criminal, dada sua credibilidade exacerbada de encontro aos princípios que, em tese, deveriam nortear o magistrado, tais como: *in dubio pro reo*, presunção de inocência, ônus da prova, imparcialidade, dentre outros.

Para Mendroni (2010) a prova testemunhal é nada mais que o processamento dos dados elaborados pela mente humana, por meio da captação de determinados fatos através dos sentidos, sendo, portanto, uma prova indireta. Para o autor, a pessoa ao testemunhar um fato automaticamente emite um juízo de valor em relação à situação prescindida, embutindo ainda sua experiência de vida que pode transformar a situação, assumindo proporções com nuances de irrealidade, por subjetividade de interpretação.

Sendo assim, a prova testemunhal carrega consigo a forma como a testemunha enxergou aquele fato, sendo transportado para o seu depoimento a sua percepção de vida, emitindo, mesmo que de forma desproposital, seu juízo de valor.

Em “as misérias do processo penal”, Carnelutti e Millan (2005) enfatizam a infidelidade da prova testemunhal e a maneira como a ciência jurídica a considera como um mal necessário.

Ora, sendo evidente que o depoimento da testemunha é totalmente influenciado, trazendo consigo uma falibilidade natural de todos os seres humanos, como conceber um decreto condenatório com base em depoimentos policiais? O que de fato se espera em uma

instrução processual, se ao final o julgador utiliza da mera reprodução singela dos relatos policiais, para proferir a sentença?

É de se observar que a maioria das condenações criminais são proferidas tomando como base o depoimento dos policiais que diligenciaram na operação, na investigação ou no flagrante. Podemos citar o estudo realizado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, em que constataram que em 74% dos casos de prisão por tráfico de drogas analisados, somente os policiais que efetuaram a prisão figuravam como testemunhas do caso, sendo que nesses casos prevalecia a versão dada pelos policiais (2012).

O que se vê, portanto, é a utilização do sistema da persuasão racional para legitimar um decreto condenatório fundamentado em prova testemunhal (depoimento policial), que por sua vez estaria comprometido, na medida em que a única prova do cometimento de um crime é o relato de quem conduziu o acusado à delegacia.

O código de Processo Penal prevê:

Art.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.

Pois bem. O processo penal brasileiro estrutura-se em princípios capazes de modelar a atuação do magistrado quanto à necessidade de fundamentar o decreto condenatório, com o condão de elidir quaisquer resquícios de afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Além disso, confere ao magistrado o poder e a liberdade de apreciar as provas produzidas durante a instrução, preservando as garantias inerentes.

Por isso, o princípio do livre convencimento motivado está adstrito aos princípios e à disciplina constitucional das liberdades, sendo que é a Constituição Federal que estabelece tais limites.

A respeito da discricionariedade concedida ao magistrado para apreciar as provas e proferir sua sentença com base na sua persuasão racional, Nucci (2009, p.19) expõe:

A livre apreciação da prova não significa a formação de uma livre convicção. A análise e a ponderação do conjunto probatório são desprendidas de freios e limites subjetivamente impostos, mas a convicção do julgador deve basear-se nas provas coletadas. Em suma,

liberdade possui o juiz para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a eles no tocante à construção do seu convencimento em relação aos deslindes da causa. E justamente por isso, espera-se do magistrado a indispensável fundamentação de sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório, como regra.

Nesse sentido Bulos (2000, p.185):

Eis a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

E ainda segundo LOPES JR (2006, p.289) “o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo”.

Assim, o magistrado tem sua atuação legitimada pela Constituição, tendo como fundamento a garantia dos direitos fundamentais e a democracia. Portanto, o que se espera do magistrado é a realização da instrução do processo penal, de maneira que seja resguardado o devido processo legal, privilegiando o Sistema das Garantias. Diante disso, a independência do juiz não pode significar uma liberdade plena e arbitrária, devendo sua decisão ser limitada à prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais. Nessa perspectiva, a sentença será calçada na verdade processualmente obtida, resultado da luta entre pró e contra.

Para o autor, o juiz exerce uma função de “garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”, não podendo ficar inerte diante de violações aos direitos fundamentais.

Portanto, aquele que julga tem liberdade para analisar e ponderar as provas de forma imparcial, devendo cuidar para não se tornar alheio ao sistema processual e violar os sistemas de garantias, carecendo a sua decisão ser limitada à prova coletada no processo, com a observância do sistema acusatório.

Com base nos ensinamentos do jurista italiano Franco Cordero, Lopes JR. (2009, p.542) adverte que o processo penal muitas das vezes se transforma em uma “encenação inútil e simbólica”, em que “o juiz já tomou a hipótese acusatória como verdadeira, ou seja, já decidiu, e o resto do processo passa a ser uma mera encenação destinada a reforçar a decisão já tomada previamente”. O autor considera todo esse jogo de encenação processual como uma quebra do

sistema acusatório, na medida em que nesse sistema um resultado equivale ao outro - o julgador deve aceitar a condenação ou absolvição como equivalentes axiológicos, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação. Nesse sentido o autor destaca:

Isso porque o processo penal desempenha plenamente seu papel com a condenação ou absolvição, pois não é um instrumento exclusivamente a serviço do poder punitivo. O conteúdo de sua instrumentalidade é outro: a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do réu. Mas, quando ocorre o prejudgamento, o julgador não admite mais a hipótese “absolvição” como válida. (LOPES JR, 2009, p.)

Partindo da possibilidade de o processo penal se transformar em uma encenação, podemos visualizar com nitidez o motivo pelo qual utiliza-se o testemunho de um policial como prova inidônea e legítima, capaz de ensejar e fundamentar um decreto condenatório. Nesses casos, o magistrado afasta-se da sua função juiz-espectador (sistema acusatório) e se amolda ao sistema presidencialista como um juiz-ator (sistema inquisitorial), buscando a condenação do denunciado.

Nessa perspectiva, de bom tom frisar as implicações práticas de tal atitude, como por exemplo, a discussão da busca da verdade real e a sua finalidade de justificar os atos abusivos do Estado. É evidente que a postura do magistrado de se buscar a condenação é, na verdade, a confirmação do jogo da encenação processual, sobre o falso argumento de que se busca a “verdade real”.

Ao percebermos que o processo penal serve para exterminar qualquer tipo de abuso por parte do Estado, devemos ter apreço pela busca de uma sentença mais justa, sendo necessário abandonar o “mito da verdade real” e condicionar o julgador a obter a verdade formal e processual, desde que se preservem os procedimentos e as garantias de defesa.

Sobre a obtenção da verdade real:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em real quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é o dado de realidade (LOPES JR, 2009, p.568)

Portanto, como se vê, é inviável atribuir ao processo penal a função de revelar a verdade real, pois sendo o crime um fato pretérito, é de se considerar que a sua reconstrução se dará

maculada por questões subjetivas e contaminadas e também pelo obstáculo temporal insuperável, o que repercutiria na sentença. E no sistema acusatório o julgador não tem a função de revelar a verdade, pois as partes devem, por meio da luta de discursos, buscar o convencimento do juiz-espectador para ao final proferir sua sentença, com a estrita observância das regras do devido processo legal.

Sobre o conceito de verdade dos fatos e a sua repercussão no processo, Taruffo (2011) destaca dois problemas:

Hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad (judicial) o (procesal) especial y la idea o las ideas que se tréan en de la fuera del proceso. Esencialmente, se trata de saber si ha identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por verdad judicial y menos aún estable cerqué se entiende por verdad tout court. (...) El segundo tipo de razones por el que la relación prueba-verdad de los hechos es altamente problemático se refiere al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso. Una forma muy difundida para resolver (o, mejor, para disolver) la cuestión, consiste simplemente en afirmar que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos. Esta afirmación es típica de las teorías que sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas, pero tiene también espacio fuera de esas teorías cuando se quiere evitar afrontar las dificultades de la relación entre verdad procesal y verdad tout court. Así, se dice, por ejemplo, que la única verdad que importa es la que es establecida por el juez en la sentencia, ya que fuera de ella no hay ninguna otra verdad que interese al Estado o a la administración de justicia o, mucho menos, a las partes. En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular. Se produce aquí un fenómeno interesante, que Twining ha identificado en la doctrina del common law, pero que se manifiesta también en otros lugares. Se trata de una evidente contradicción que surge entre la teoría de la prueba y la teoría del proceso en general: en el ámbito de la primera se dice habitualmente, en efecto, que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos; en el ámbito de la segunda se dice a menudo, en cambio, que la función del proceso no consiste en absoluto en determinar la verdad de los hechos. En este caso, queda por explicar para qué sirven

las pruebas en el proceso, dado que éstas conducen a producir resultados en los que el proceso no estaría interesado (TARUFFO, 2011, p. 25-27).

Portanto, ao utilizar a prova testemunhal, o magistrado deve estar atento para a rigorosa aplicabilidade dos regramentos e garantias do sistema acusatório, optando e privilegiando os Sistemas das Garantias e almejando diminuir os resquícios do sistema inquisitorial, principalmente no tocante ao modo como instrui a audiência e colhe os depoimentos das testemunhas.

CAPÍTULO 2 - A COLHEITA DE DEPOIMENTOS DE POLICIAIS NAS VARAS CRIMINAIS DA COMARCA DE JUIZ DE FORA

No capítulo anterior indiquei, para os leitores, os contrastes do sistema processual penal brasileiro, no que diz respeito à prova testemunhal e a sua utilização como fundamento de uma sentença penal condenatória, tendo como norte o princípio da livre convicção motivada.

Neste capítulo abordarei a colheita dos depoimentos policiais, avaliando de forma minuciosa o momento da oitiva dos policiais, trazendo ao trabalho algumas referências teóricas de técnicas de entrevista investigativa, fazendo uma análise dos dados obtidos das audiências que foram assistidas nas varas criminais da Comarca de Juiz de Fora.

Para auxiliar durante as audiências, optei por criar um formulário impresso com a indicação de itens a serem marcados e respondidos, tais como: data do fato, data do flagrante, quantidade de testemunhas, quantidade de policiais ouvidos, além de manter campo aberto a se captar o máximo de informações possíveis durante a colheita dos depoimentos policiais. Em paralelo, quando se presenciasse alguma situação peculiar, poder-se-ia escrever sobre as minhas impressões durante a audiência. É oportuno lembrar que os dados obtidos dessas audiências serviram para corroborar as impressões que tive durante o estágio em uma vara criminal da comarca.

Mostrarei em seguida os problemas verificados nas audiências assistidas, os quais servirão de amostragem para todo o desenvolvimento crítico do capítulo 1, no tocante à atuação do julgador durante a colheita da prova testemunhal, sob a perspectiva de seus fatores contaminantes, por aspectos processuais e extraprocessuais diversos, como por exemplo, a metodologia de inquirição, o subjetivismo do entrevistador e do entrevistado, os resquícios do modelo inquisitorial do juiz investigador dos fatos e o seu pretexto de “buscar a verdade real”.

De um modo geral foi possível perceber nitidamente a diferença de atuação dos magistrados durante a instrução processual, pontualmente durante a oitiva dos policiais militares e os procedimentos adotados para se obter tais depoimentos. É oportuno esclarecer que na comarca de Juiz de Fora não são todas as varas criminais que possuem o sistema de audiovisual, ou seja, as audiências são gravadas em algumas varas, não em todas. É inegável a diferença da audiência realizada com sistema audiovisual, em relação às audiências que não contam com esse sistema.

Pôde-se notar que na audiência sem o sistema audiovisual, o magistrado possui certa liberdade e informalidade em conduzir a audiência, sobretudo no tocante aos tipos de perguntas

formuladas para as testemunhas - quando realizadas pelo próprio juiz - e o modo como isso é reproduzido para o escrevente, o qual reduz o depoimento a termo; era de praxe a leitura do APF e, na medida em que lia, o juiz indagava o entrevistado para confirmar ou não o relato e o reproduzia com suas palavras para o escrevente; em uma audiência o juiz sequer fez perguntas ao policial e enquanto o juiz ditava para a escrevente, o policial corrigiu o juiz a alterar o que estava sendo ditado ao escrevente. Nesse momento é evidente a atuação de um juiz parcial, pois ao ler o depoimento em sede de delegacia e reproduzi-lo da forma que interessar na audiência de instrução, está agindo ativamente contra o acusado.

Ora, o magistrado tem a função de garantir a aplicação das normas processuais penais em consonância com os princípios constitucionais, como por exemplo o *in dubio pro reo*. Quando o juiz toma para si o papel do ministério público de produzir a prova, não se permite sequer ter dúvida, com o subterfúgio de que se busca a “verdade real”, e sobre esse manto estaria legitimado a ser o juiz-entrevistador.

Pois bem. A substituição da função de juiz imparcial, ouvinte e garantidor, para a de juiz ator, investigador e intérprete, torna a instrução processual uma “mera encenação inútil”, nas palavras de Lopes JR (2009, p.542).

Como se vê, o protagonismo adotado pelo magistrado durante a condução da audiência de instrução deve ser repensado, isso porque não podemos continuar admitindo certos “resquícios” do sistema inquisitorial, para legitimar ofensas das mais diversas aos princípios constitucionais e basilares de um Estado Democrático e de Direito. Para enquadrar a atuação do magistrado da forma mais harmônica com os preceitos constitucionais, a atuação do juiz deve se limitar em expor a técnica que será utilizada para a oitiva daquela testemunha, advertindo as partes (MP e defesa) de que serão desconsideradas as perguntas fechadas e confrontativas, e o relato livre será prestigiado para aquele momento.

Já na audiência com o sistema audiovisual, foi possível conferir o cuidado do magistrado quanto à maneira de atuar na audiência, desde o tom de voz empregado até o modo de “inquirição”, por não haver necessidade de reprodução do relato policial para o escrevente, até mesmo o modo como o Ministério Público encaminhava as perguntas. Nessas audiências, notou-se que os juízes evitam ler o depoimento dado em sede de delegacia; o Ministério Público é que realmente faz as perguntas, como legítimo entrevistador. O juiz se aproxima do juiz-espectador, com uma postura mais passiva, deixando as perguntas para as partes e agindo como garantidor da instrução.

Ficou notório a mudança de postura dos juízes que utilizam o sistema audiovisual e os que não o utilizam, sendo que neste caso o juiz deixa transparecer (ao meu ver) o seu pré-julgamento, fazendo perguntas específicas que o direcionará para um decreto condenatório.

Evidenciou-se também, como a verdade dos autos não está de acordo com a verdade dos fatos, e como isso deve ser enfrentado pelos operadores do Direito, pois o que se reduz a termo não constitui prova fidedigna do fato ali perquirido. Como anteriormente citado, Taruffo expõe sobre a contradição existente entre a teoria da prova e a teoria do processo em geral, na medida em que nesta afirma-se que a função do processo não consiste em determinar a verdade dos fatos, enquanto naquela se assevera que a função da prova é estabelecer a verdade dos fatos.

De toda sorte, ainda que seja evidente a diferença de postura, em uma audiência assistida pelo sistema audiovisual o juiz permitiu ao policial relatar o fato, mas indagou-o, primeiro, se ele lembrava quais objetos foram encontrados no local, daí o policial respondeu e posteriormente o juiz perguntou se havia *sacolé* e balança; foi quando o policial lembrou que havia *sacolé*, mas não se recordava se foi apreendida alguma balança. Por mais que se tente justificar essa atuação do magistrado, não é admissível que ele se coloque como protagonista da gestão da prova e procure dirimir dúvidas sobre o enquadramento ou não do acusado em um tipo penal ou em outro. Esse papel é da acusação, e não pode ser investido como uma função do juiz.

Em relação aos tipos de crimes, foi verificado que as audiências de instrução de réu preso é que tinham depoimentos policiais e os crimes mais recorrentes, eram: Tráfico de Drogas e Roubo. A depender do crime em questão a oitiva dos policiais tem enfoque diferente, na medida em que no crime de tráfico de drogas, na maior parte deles, os policiais que são ouvidos foram quem diligenciaram para flagrar os acusados, enquanto no crime de roubo a vítima aciona a polícia, e esta diligencia para encontrar o autor dos fatos. Portanto, enquanto o delito de tráfico de drogas conta apenas com o relato dos policiais, o crime de roubo tem como testemunha principal a vítima, que teve seu patrimônio subtraído.

Ao juiz é dado o poder de valorar o depoimento de cada testemunha colhido durante a instrução, instaurada sob crivo do contraditório e da ampla defesa legal, não podendo qualquer qualidade da testemunha impedir sua atuação.

No entanto, a valoração dos depoimentos policiais em nossos tribunais gera grandes controvérsias, pois se por um lado o policial busca sempre conferir legitimidade aos seus atos, sendo agente habilitado pelo próprio Estado para agir em prol da coletividade no combate à violência e ao crime, por outro lado é nítida a parcialidade desses agentes. Portanto, a apreciação

da prova testemunhal deve ser feita da forma mais prudente possível pelo magistrado, para evitar incorrer e cometer injustiças.

Para Mittermaier (2008), o legislador deveria cercar a prova testemunhal de todas as garantias possíveis para aí sim conferir-lhe fidelidade aos depoimentos. Dessa maneira, o autor pondera ser necessário que o juiz impeça as perguntas genéricas e as perguntas sugestivas. Ressalta ainda que a prova testemunhal é legítima a título de trazer ao juiz informações, servindo como caminho a uma outra prova mais perfeita, não podendo servir como fundamento único a uma sentença.

Claramente se vê a abordagem do autor como forma de aperfeiçoar a atuação do magistrado, exigindo a sua imparcialidade, sobretudo, no momento da colheita da prova testemunhal, dando relevância à instrução penal, sob a ótica de ser uma confecção inteiriça, a qual terá como resultado a convicção do magistrado, com base nas provas produzidas no processo.

Nesse sentido, o magistrado deve evitar o protagonismo durante a audiência de instrução e conduzi-la de forma a garantir a melhor técnica para a inquirição das testemunhas, sobretudo para a colheita dos depoimentos de policiais.

Lilian Stein (2015), no trabalho publicado no projeto “Pensando o direito”, ao abordar as técnicas de entrevista investigativa, aponta como fundamental a escuta da testemunha, sendo a função do investigador escutar e estimular a testemunha a trazer aos autos os fatos que ela consegue lembrar.

A autora alerta sobre a importância de o entrevistador fazer as perguntas com base nas informações já trazidas por aquela testemunha no seu relato mais livre. Além disso, menciona o trabalho de Fischer e Geiseman (apud STEIN, 1992) de aprimoramento das técnicas para conduzir a coleta de depoimentos de testemunhas através da Entrevista Cognitiva.

Sobre as técnicas de entrevista investigativa, a autora expõe seus quatro eixos centrais: o primeiro é a necessidade de acolhimento e construção do “rapport”, que nada mais é do que estabelecer uma ligação de sintonia e empatia com a outra pessoa, indicando para a testemunha que é ela quem vai conduzir a entrevista, sendo o entrevistador, mero ouvinte. O segundo é a busca pelo relato livre, estimulando a testemunha falar com base no que conseguir recordar. Somente após o relato livre é que as perguntas serão feitas, e aqui se encontra o terceiro eixo, cabendo ao entrevistador fazer as perguntas com base nas informações trazidas no relato livre. O quarto são os tipos de perguntas, sendo que as perguntas abertas tem mais chances de produzir informações confiáveis do que as perguntas fechadas. Além disso, qualquer

intervenção do entrevistador, trazendo novas informações, devem ser evitadas por serem potencialmente sugestivas e danosas para a fidedignidade do testemunho.

O grande diferencial da Entrevista Cognitiva é a utilização das Técnicas Cognitivas, sendo a recriação do contexto, a recuperação focada, a mudança de perspectiva ou mesmo a ordem reversa. Assim, a entrevista cognitiva é dividida em um total de **cinco fases**: introdutória; relato livre com recriação mental do contexto; após, as perguntas; síntese do que foi relatado; e por último o fechamento.

Na **fase introdutória** o entrevistador explica à testemunha as regras da entrevista, com o fim de promover a recuperação de memória e comunicação eficientes ao longo de toda conversa, além de estabelecer o “rapport”. O entrevistador também esclarece a importância de obter relatos mais detalhados possíveis, estimulando-o a ter um papel mais ativo durante todo o transcurso da entrevista. Na **segunda fase** é importante fazer a recriação mental do contexto, para que a testemunha faça um relato livre. Esgotado o relato livre é que o entrevistador fará as perguntas, sendo esta a **terceira fase**. Na **quarta fase** o entrevistador faria uma breve síntese para que a testemunha revisasse o que foi relatado, buscando fazer com que ela se lembrasse de mais coisas. **Por último**, o entrevistador faria o fechamento, dando abertura para a testemunha de que, se no futuro se lembrar de mais alguma coisa, poderia contar ao entrevistador.

A psicóloga aponta dois requisitos necessários para a condução da entrevista investigativa, quais sejam, o treinamento especializado do entrevistador; e o registro de preferência em vídeo da entrevista. E ainda ressalta:

A gravação das entrevistas é um registro literal das informações trazidas pela testemunha, como também possibilita aferir a forma como foi conduzida a entrevista pelo (a) entrevistador (a) (por exemplo, que tipo de pergunta gerou determinada informação). Além disso, somente a partir de gravações é possível realizar o treinamento e aperfeiçoamento das habilidades dos entrevistadores (POWELL; BARNETT, 2014). O desenvolvimento científico de mais de vinte anos no aperfeiçoamento de técnicas de entrevista investigativa, que aumentem a chance de um testemunho fidedigno e detalhado, diminuindo a chance de falsas memórias e perda de informação (MILNE; POWELL, 2010) tem levado diversos países a adotarem um programa de treinamento especializado, como o modelo PEACE do Reino Unido (CLARK & MILNE, 2001) (STEIN, p.27, 2015).

Diante dessas considerações, restou demonstrado que a atuação dos magistrados está distante de ser a esperada pelo sistema acusatório, isso porque, com a crescente onda de

criminalidade e a pressão midiática, a sociedade é cega em busca de uma resposta do Estado – juiz para “amenizar” as mazelas sociais, as quais acometem o país.

Se concentrarmos nas colocações de Mittermaier em conjunto com as críticas do doutrinador Lopes JR. e com o estudo da psicóloga Lilian Stein, estaríamos nos aproximando do sistema acusatório, garantindo uma instrução criminal mais eficaz e legítima, conferindo maior credibilidade à prova testemunhal. Conseguiríamos assim estreitar os laços entre o processo penal e a sua conformidade com a Constituição, resguardado o princípio da persuasão racional e do contraditório, mediante o repúdio à encenação do processo penal, tornando este um mecanismo de efetivação das garantias endo e exoprocessuais.

CONCLUSÃO

O sistema acusatório foi estabelecido como uma conquista do Estado Democrático e de Direito, cujo objetivo é afastar todas as prerrogativas do Poder Judiciário de poder interferir na acusação. Desse modo, não se deve dar espaço ao protagonismo do magistrado no tocante à colheita de prova, sobretudo, conforme tratado nesse artigo, à colheita de depoimento policial. Não há como conceber o crescente ativismo do magistrado, no momento em que se inclui como parte do processo, sobre a falsa justificativa de que se busca revelar a superada “verdade real”.

Assim, com as informações obtidas das audiências assistidas, pudemos demonstrar como o juiz é substituído pelo papel de juiz inquisidor, pelo modo como conduz a audiência, como intervém ativamente na audiência de instrução ao inquirir as testemunhas ou simplesmente por reproduzir os depoimentos dados em delegacia para que seja registrado no termo de depoimento. Ficou evidenciado como o processo penal é uma mera encenação para se formalizar as provas obtidas na fase pré-processual, sobretudo quando está diante de um processo de tráfico de drogas (que corresponde a 29% do percentual de presos provisório por tipo de crime praticado), e como a prova testemunhal contribui nesse caso, para ensejar um decreto condenatório (BRASIL).

É necessário evitar ao máximo a imunização da sentença por meio da manipulação do magistrado através do princípio da livre persuasão racional para legitimar o prejulgamento do magistrado, a aplicação do direito de penar sem considerar a declaração à liberdade do cidadão, deixando de proteger as garantias consagradas na Constituição.

Foi possível perceber então que o magistrado tem o poder-dever de garantir o devido processo legal e as diretrizes trazidas pela adoção do sistema acusatório, devendo resguardar a todo cidadão, o processo penal em conformidade com a Constituição. Sendo assim, e por tal razão, não se deve permitir que o magistrado interfira ativamente na produção da prova, sobretudo durante a audiência de instrução, no momento da colheita de depoimentos, pois, estaria se tornando parte do processo e quebrando a sua imparcialidade.

Ao magistrado é resguardado a função de indicar às partes a técnica utilizada para a colheita de depoimentos, como a mencionada no capítulo 3 abordada por Lilian Stein. O juiz ao indicar e permitir a utilização da técnica da Entrevista Cognitiva estaria optando pelo Sistema de Garantias e evitando ferir princípios processuais penais constitucionais. Estaríamos assim adequando a atuação do magistrado da forma mais harmônica com as garantias de um Estado

Democrático e de Direito, sepultando de vez quaisquer resquícios do sistema inquisitorial para se alcançar o processo penal democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 13 out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 15 nov 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal. **Revista da EMERJ** v. 3, n. 12, p. 184–198, 2000.

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares: 2005.

DE JESUS, Maria Gorete Marques et al. Segurança pública e a política de combate ao tráfico de drogas em São Paulo. **Segurança Pública**. São Paulo v. 6, n. 1, p. 104–117, 2012. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/revista_10.pdf> Acesso em: 25 out 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais> Acesso em: 14 nov. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris ,2009.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal - Fundamentos da Instrumentalidade**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Avanços Científicos em Psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e os depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito nº59,

Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf Acesso em: 3 nov 2017.

SOUZA, Severino; FRANCISCO, Ana. **O Método da Cartografia em Pesquisa Qualitativa: Estabelecendo Princípios... Desenhando Caminhos...** .5º Congresso Ibero-Americano em investigação qualitativa: Porto, Portugal, 2016. Disponível em: <http://proceedings.ciaiq.org/index.php/ciaiq2016/article/viewFile/826/812> Acesso em: 3 nov 2017.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2011.

