

“[...] a testemunha é um homem; um homem com o seu corpo e com a sua alma, com seus interesses e com as suas tentações, com as suas lembranças e com os seus esquecimentos, com a sua ignorância e com a sua cultura, com a sua coragem e com o seu medo.¹”

1. INTRODUÇÃO

O Processo Penal brasileiro tem, no art. 3-A do CPP, inserido pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a marca expressa de seu viés acusatório, em que pese ainda tangenciado por perspectivas inquisitoriais em sua práxis. Tal marca proclama a presunção de inocência como paradigma basilar de seu procedimento, garantia e direito do autuado, investigado e acusado, de modo que se tenha a compreensão de que, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aquela pessoa² poderá ser absolvida.

Não se está aqui a dizer que não será, mas também não se está a dizer que será absolvida. Tal decisão dependerá de uma série de fatores, dentre os quais estudaremos, na presente análise, a prova testemunhal, extremamente relevante e fortemente valorada dentro do acervo probatório aceito em juízo.

Para se garantir o que Antonio Scarance Fernandes chamou de “binômio eficiência e garantismo”³, isto é, um garantismo sem excessos, que possibilite as garantias processuais previstas no texto legal, ao passo que se estruture um processo de responsabilização penal eficiente, com correta apuração de autoria e materialidade, faz-se necessário que este seja construído sobre standards probatórios pautados na presunção de inocência, com rito e procedimento céleres, que sigam os princípios basilares previstos para o tema.

Esse desenvolvimento pautado sobre standards probatórios – especialmente sobre o “*beyond any reasonable doubt*”, a seguir pormenorizado, parte da premissa de um processo penal em desequilíbrio (CRUZ, 2020, p. 329), em que a acusação possui

¹ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do Processo Penal. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013, p. 26.

² Propositamente, chamo-o de pessoa e não de indivíduo, para que recordemos que, como pessoa, é sujeito de direitos, protegido pela dignidade humana e pelos preceitos constitucionais.

³ SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 70, jan./fev. 2008, p. 229-268.

todos os mecanismos e meios necessários para produção de prova em prol da condenação, ao passo que a defesa, em situação desfavorável, não dispõe dos mesmos meios. Assim, o modelo acusatório de processo passa a exigir esforços mais densos por parte da acusação, enfrentando qualquer dúvida razoável que possa levar à absolvição do acusado.

Dessa maneira, desenvolver-se-á o estudo compreendendo-se, em primeiro plano, o standard probatório que norteia o processo penal brasileiro (BARD), a seguir exposto, desnudando-se o entrelace entre os problemas de uma busca matematicamente traçada de superação do standard probatório (para fins de responsabilização criminal) e a busca pela verdade real no processo penal.

Feitas essas considerações, passaremos ao exame do testemunho como fonte de prova, examinando-o em dois itens, primeiramente se destrinchando o conceito e as características da prova testemunhal, bem como sua falibilidade, e, em segundo momento, demarcando-se o problema das falsas memórias, seu processo de desenvolvimento e seu impacto na produção probatória.

Posteriormente, passaremos à análise do testemunho policial como fonte de prova, esmiuçando-se como, no processo penal brasileiro, dá-se extremo valor à prova testemunhal produzida por agentes policiais, superando-se completamente o standard probatório da dúvida razoável, especialmente no tocante aos crimes em que não há vítima, como o tráfico de drogas.

Assim, o presente artigo tem como objetivo examinar a prova testemunhal, especialmente o testemunho policial, como meio probatório (in)idôneo dentro da perspectiva acusatória, considerando-se sua supervalorização no processo penal, o desequilíbrio de seu papel quando diante de outras provas – inclusive testemunhais –, bem como a possibilidade de ocorrência do que se denominam falsas memórias, fruto da falibilidade humana. Assim, almeja-se rechaçá-lo, dada sua profunda falibilidade, como fonte de prova no Processo Penal brasileiro.

2. O STANDARD PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO – A DÚVIDA RAZOÁVEL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Aury Lopes Jr., em Direito Processual Penal (2022, p. 410), leciona que o standard probatório consiste justamente na compreensão de pesos e medidas necessárias

à confirmação da hipótese averiguada. É dizer, para se afirmar que um fato ocorreu, deve-se demonstrar, por meio de provas suficientes, que, evidentemente, o delito foi praticado por certa pessoa, em certo local, através de certos mecanismos. Mas, afinal, qual o peso necessário para se afirmar “Autoria e materialidade restam evidentes nos autos”? Trata-se de medida subjetiva⁴, que confere ao aplicador do direito a discricionariedade genérica de decidir a partir de mais ou menos provas, a depender de cada caso.

Assim, o autor afirma a existência, no processo, de quatro standards probatórios, sendo um deles utilizado no processo penal: o BARD (“*beyond any reasonable doubt*”, traduzido “prova além de toda a dúvida razoável”)⁵. No Processo Penal, assim, ter-se-ia a necessidade de se refutar toda e qualquer dúvida razoável, de modo a se chegar à conclusão racional e sistemática de que o fato ocorreu, em certas circunstâncias já delimitadas.

No Processo Penal Brasileiro, de viés declaradamente acusatório, adota-se, sob certas dúvidas, o standard em comento, valendo-se do paradigma fundamental da presunção de inocência como vetor de interpretação e valoração da prova.

Maurício Zanoide de Moraes, assim, leciona que

A presunção de inocência, assim como todos seus aspectos e desdobramentos, incluídos aqui o —*in dubio pro reo* e o —*favor rei*, representa um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade do cidadão e ao devido processo penal porquanto: a) **torna a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário para a apuração dos fatos;** b) **impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa);** c) **impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se proceda à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal);** d) **impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal**⁶. (grifos nossos)

⁴ Idem, p. 411.

⁵ Ibidem.

⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 440.

O “x” da questão no Processo Penal, especialmente no brasileiro, cumpre mencionar, é a definição (se é que possível) de qual é o tênue limite entre a dúvida razoável e a certeza, isto é, em que ponto se terá a compilação de todas as informações essenciais à imputação de um delito a um agente. Para mais que isso, tendo-se como base o modelo acusatório procedimental, deve-se verificar uma perspectiva ainda mais rigorosa, de modo que a linha não mais seja tão tênue, e o Direito Processual Penal possa trazer, de maneira mais clara e objetiva, os requisitos de adequação tipo-conduta (LOPES JR, 2022, p. 413).

Ocorre que, ao se buscar essa delimitação de um standard probatório objetivo e quase que matematicamente previsto, pode-se incorrer no erro de uma busca também da verdade real no processo penal, o que o afasta da matriz acusatória e o aproxima daquela inquisitória (LOPES JR., 2022, p. 402), pautada na procura da verdade a qualquer custo. Ora, ao se fazer alcançável e materializado um limite objetivo do que saia da mera especulação à completa certeza do fato delitivo e de sua autoria, torna-se alcançável, também, a realidade e verdade dos fatos investigados.

Dessa maneira, aceita-se a possibilidade de mecanismos inquisitórios e desproporcionais de busca pela verdade, especialmente no âmbito pré-processual, em que o acusatório já se encontra diferido, tais como o *fishing expedition*, que, rechaçado pelos tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, é amplamente utilizado em buscas domiciliares e acatado pelos juízos de primeira instância. Ora, se é preciso ultrapassar o limite entre dúvida e certeza, faz-se de tudo para alcançá-lo, na busca pela “justiça” e pela responsabilização penal a qualquer custo.

Por essa razão, devem os standards probatórios serem utilizados não como justificativa para se aplicarem mecanismos ilícitos de produção probatória em busca de uma certeza sobre a conduta, mas sim como forma de compreensão de que, não havendo provas lícitas em favor da condenação, como é o cerne do modelo acusatório de processo, haverá óbices à condenação. Devem, assim, buscarem a delimitação de como se chegar à verdade processual, essa sim alcançável, conforme leciona Luigi Ferrajoli, “aproximada, resultado de um processo respeitador das garantias processuais penais do acusado e das regras legais de admissão, produção e valoração da prova” (FERRAJOLI apud KAGUEIAMA, 2021, p. 36).

No âmbito da prova testemunhal no Processo Penal brasileiro, especialmente do testemunho policial, como se verá a seguir, o standard probatório parece ser rapidamente alcançável (ou seria ignorado?), valorando-se tal prova como suficientemente capaz de levar à compreensão do fato, seu contexto, suas condições, autoria e materialidade, e, conseqüentemente, à condenação ou absolvição, sem que outras provas mais robustas se façam necessárias ao julgador. A dúvida razoável se torna completa certeza quando o agente policial responsável pela prisão em flagrante é ouvido em audiência e confirma o que assinalou no auto de prisão em flagrante, sem contraditório e ampla defesa.

O risco de tal aceitação, sem se buscarem outras provas, é o erro jurisdicional e a responsabilização penal de inocentes: o testemunho, como se verá a seguir é prova, muitas vezes, falha, de modo que não pode ser única e exclusivamente utilizada, sem outros parâmetros probatórios, para fins de condenação. Como nos ensina, em seu brilhantismo, Luigi Ferrajoli, “nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso implique a não punição de alguns culpados” (2002, p. 270).

3. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Não entraremos, aqui, no estudo sobre a valoração da prova testemunhal da vítima, que merecia capítulo próprio para análise. Em verdade, analisaremos a prova testemunhal em sentido amplo, priorizando-se, primordialmente, o estudo acerca da prova testemunhal policial e o essencial cuidado que deve ser tomado quando de sua adoção.

3.1. A valoração da prova como testemunhal e sua falibilidade

Paula Thieme Kagueiama, em “Prova Testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras”, leciona que a testemunha “é aquela que percebe a ocorrência de um suposto crime ou algum aspecto a ele relacionado, e, em razão do conhecimento que possui, presta depoimento perante o juiz acerca dos fatos objetos da ação penal” (2021, p. 42).

Segundo Fernando Capez (2023, p. 162), a prova testemunhal é alcançada por certas características, quais sejam, judicialidade (necessária produção em juízo), oralidade (necessária produção por meio de narrativa verbalizada, falada, em depoimento

nos termos do art. 204, CPP), objetividade (a prova não pode ser produzida sobre opiniões e julgamentos, mas sobre fatos), retrospectividade (prova sobre fatos já ocorridos no passado), imediação (prova deve ser sobre os sentidos tidos pela testemunha diante do ocorrido) e individualidade (testemunhas não devem ser ouvidas em conjunto). Dessa maneira, observa-se que, para que seja testemunhal, a prova deverá ser produzida atendendo-se aos requisitos acima elencados. E, para ser prova, o testemunho deverá ser prestado em juízo, provocando-se o contraditório, dando-se ao acusado a possibilidade de se manifestar e ouvir o que é dito.

Lara Teles Fernandes, em “Standards Probatórios e Epistemologia Jurídica: Uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no Processo Penal”, afirma que a compreensão da prova testemunhal e sua valoração deve se dar pautada em oito pressupostos, os quais levarão à maior ou menor confiabilidade no depoimento em si, quais sejam, “credibilidade do depoente”; “confiabilidade da versão” por ele apresentada; possibilidade de verificação de falsas memórias; procedimento de coleta dos depoimentos e como se deu; a maneira e o procedimento como se deu o reconhecimento de pessoas e a possível existência de fatores que reduzam sua precisão; “a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas”; “a excepcionalidade do *hearsay statement*”; a aplicação do contraditório de maneira eficaz dentro do procedimento. (FERNANDES, 2019, p. 132).

Em que pese a busca pela adequação ao procedimento previsto em lei, o que a torna legal, neste termo, a prova testemunhal se reveste de marcas pessoais que a todos acomete, em razão de se tratar de narrativa de um sujeito humano que vê um fato. É dizer, um ser humano, com marcas pessoais subjetivas, narra não como se deram os fatos, mas como se deram diante de seu olhar, de sua perspectiva.

Além disso, KAGUEIAMA afirma que se presumir a veracidade de um depoimento é incorrer em grave erro, haja vista que, em que pese o dever moral de veracidade, de cumprir com a verdade, duas situações poderão ser verificadas: ou a testemunha pode não querer dizer a verdade ou, dizendo o que considera ser verdade, confiar no que sua memória construiu como verdadeiro (falsa memória). Deveria o juiz, quando da oitiva testemunhal, analisar cada uma das provas testemunhais com desconfiança e incredulidade epistemológica, entendendo que, diante da falibilidade humana, provavelmente se estará diante de testemunho que não condiz integral e perfeitamente com a realidade dos fatos (2021, p. 75).

A autora prossegue sua análise afirmando, assim, a possibilidade de ocorrência de 04 hipóteses no âmbito da falibilidade testemunhal:

[...] depoimentos sinceros e verdadeiros (a testemunha quis dizer a verdade e sua memória corresponde à realidade fática); depoimentos insinceros e verdadeiros (a testemunha quis falsear os fatos, mas seu depoimento acaba por coincidir com a realidade); depoimentos sinceros e falsos (a testemunha quis dizer a verdade, mas sua memória não corresponde à realidade fática); depoimentos insinceros e falsos (a testemunha quis falsear os fatos e seu depoimento não coincide com a realidade) (idem, p. 77).

Nos dois últimos casos, diz-se que há a contaminação da prova, por fatores involuntários ou voluntários. Analisaremos, a seguir, o fator involuntário da falsa memória, tendente a ocorrer no âmbito dos testemunhos policiais, considerando-se o número de ocorrências em que atua o agente policial em seu dia-a-dia.

Para além da contaminação da fonte de prova, outro problema se encontra no procedimento de alcance dessa fonte.

Lara Teles Fernandes, à p. 133, trata de pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em conjunto com o Ministério da Justiça, série Pensando o Direito, n. 59, denominada “Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e Depoimentos Forenses”.

Na pesquisa em comento, conclui-se que a alhures mencionada busca pela verdade real leva à aplicação de meios ilícitos, inconstitucionais e inconventionais de obtenção de prova testemunhal e reconhecimento, vejamos:

Quanto aos resultados do primeiro estudo, em relação ao apurado sobre o reconhecimento de pessoas procedido na fase policial, regulado pelos artigos 226 a 228 do Código Processo Penal, os relatos foram no sentido de que várias regras de tais dispositivos eram comumente violadas: presença de apenas um réu no ambiente de reconhecimento, isto é, show-up em detrimento do line-up (11,5%), inexistência de local adequado para realização do procedimento (11,5%), indução perpetrada para as vítimas reconhecerem o suspeito (9,6%), dificuldade de localização de pessoas com características semelhantes à descrição do suspeito (9,6%) e negação de vítimas e testemunhas de participar do procedimento por medo (23,1%).

Em juízo, repetiram-se os mesmos problemas com índices diferentes, e até mais elevados, em alguns casos: presença de apenas um réu no ambiente de reconhecimento (21,2%), inexistência de local adequado para realização do procedimento (3,8%), indução perpetrada para as vítimas reconhecerem o suspeito, seja por meio da presença de algemas

e vestimentas prisionais que causam a sugestibilidade, seja pela atuação de algum ator do sistema de justiça (23,1%), negação de vítimas e testemunhas de participar do procedimento por medo (7,7%). Além desses, também foi relatado o transcurso do tempo entre o fato e a audiência como fator limitador do procedimento (1,9%). (FERNANDES, 2019, p. 134-135).

Em pese a imensa fragilidade dessa prova, suscetível de desvios e manipulações, bem como a ilegalidade dos mecanismos utilizados para seu alcance, é a mais utilizada hoje nos tribunais brasileiros, no âmbito do processo penal, para incriminação ou absolvição de um sujeito (LOPES JR., 2022, p. 540).

3.2. A Prova Testemunhal e o Risco das Falsas Memórias

Lilian Milnitsky Stein e Renato Favarin dos Santos, em “A Influência das Emoções nas Falsas Memórias: Uma Revisão Crítica”, examinam a forma como se dá a construção das falsas memórias em situações em que certa emoção se encontra mais ou menos a florada. Segundo os autores, as reações emocionais a certas situações poderiam ser valoradas a partir de “respostas fisiológicas”, isto é, mecanismos corporais de resposta a vivências fisiológicas ou emocionais, “relatos subjetivos” e “observação de comportamentos”. (2008, p. 417).

No tocante à interpretação das memórias, os autores afirmam que esta pode ocorrer através de uma elaboração semântica e de uma elaboração autobiográfica, sendo a primeira o processo de garantir significado à experiência vivenciada, ao passo que a segunda seria o processo de associação de um estímulo a uma vivência humana anteriormente presenciada (idem, p. 419).

Dessa maneira, narram que alguns estudos realizados dentro do âmbito da saúde mental demonstram que a busca por recuperação de memórias do passado e da infância, aplicadas certas técnicas de terapia, têm levado à construção de falsas lembranças e emoções, inclusive com narrativas de abusos e violência sexual (ibidem, p. 421).

Elizabeth F. Loftus leciona que o primeiro fator preponderante a impactar a falsa memória é o passar do tempo, isto é, o lapso temporal entre o fato e o momento em que se busca dele lembrar. Segundo a autora, com o desenrolar temporal, a memória do evento se enfraquece, de modo que, em situações extremas, pode-se, inclusive, pensar que o fato

sequer ocorreu (2005, p. 361-362). Além disso, a autora afirma que não apenas o tempo, mas a pessoa que vivencia a memória, seu organismo, também afeta a memória. Segundo seu estudo, as falsas memórias tendem a atingir mais incisivamente crianças pequenas que jovens e adultos (*idem*). A mais curiosa verificação mencionada pela autora encontra-se no fato de que alguns estudos do final do século XX demonstraram a possibilidade de construção, elaboração de uma falsa memória em seu interím, isto é, o desenvolvimento de todo um enredo que se torna uma falsa memória completa sobre uma vivência que jamais ocorreu no passado.

Para além das falsas memórias, KAGUEIAMA afirma que não se pode confiar na prova testemunhal porque, primeiramente, “não há qualquer segurança de que o homem, podendo mentir, dirá a verdade”. Em que pese assumo o dever de cumprir com a verdade, fatores que vão além da moral, de ordem social, psicológica, econômica e ética podem afetar a percepção do sujeito que testemunha o fato narrado (2021, p. 75). Esses fatores podem influenciar consciente e inconscientemente, voluntária e involuntariamente, na manifestação da testemunha, de modo que a percepção individual de cada fato, seu contexto e suas características, mudará de pessoa para pessoa, a depender de suas pré-concepções humanas (*idem*, p. 76).

Desse modo, a fragilidade da prova testemunhal assume facetas ainda mais complexas, especialmente porque se está diante de diferentes nuances: memória, vontade, inconsciente, preconceitos e pré-concepções. O ser humano narrando vivência sob a sua própria perspectiva subjetiva.

4. O TESTEMUNHO POLICIAL COMO FONTE DE PROVA

No âmbito do testemunho policial, uma perspectiva ainda mais tênue será percebida: o limite entre a atividade policial imparcial e o interesse do agente, fazendo valer seu papel social, na condenação do acusado.

Segundo Fernando Capez (2023, p. 165), no tocante ao testemunho policial, existem três posições acerca de seu cabimento. A primeira delas afirma que o policial, em razão de sua função, seria suspeito, já que envolvidos na investigação, de modo não poderia ser ouvido como testemunha. A segunda afirma que o mero fato de ser policial não levaria à suspeição, de modo que, ainda, teriam presunção de legitimidade por serem

servidores da Administração Pública. Finalmente, a terceira corrente afirma que, em razão de seu interesse funcional na conduta realizada, teria o depoimento valor relativo, podendo ser pugnado.

Feitos os devidos esclarecimentos abaixo, merece prosperar o primeiro entendimento.

Em um primeiro plano, é de profunda importância entendermos o contexto em que se desenvolve o testemunho policial. Usualmente, são utilizados como única testemunha arrolada pela acusação – quando se tinham, no contexto probatório, outras pessoas passíveis de serem arroladas – para narrativa dos fatos. Usualmente, prestam-se apenas a reiterarem as alegações do auto de prisão em flagrante delito (quando este ocorre), de modo que se tem, não raras as vezes, uma condenação pautada tão somente em atos produzidos na fase pré-processual, sem o contraditório garantido (LOPES JR., 2022, p. 543).

Janaína Matilda, em “É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal”, menciona o termo “injustiça testemunhal”, que, segundo a autora, seria a situação em que se

[...] questiona, de partida e injustificadamente, a capacidade de um falante de conhecer os fatos e, neste sentido, de poder contribuir a uma reconstrução que mereça credibilidade. Na injustiça testemunhal, o questionamento quanto a tal capacidade deve-se ao pertencimento do falante a determinado grupo social ou étnico, operando-se uma infundada falta de credibilidade quanto ao conteúdo. Portanto, o mesmo conteúdo afirmado teria recepção diversa por parte de seu interlocutor se afirmado por alguém de outro grupo social ou étnico⁷.

No âmbito do testemunho policial, ter-se-ia o que se pode chamar de “superjustiça” testemunhal, isto é, a construção de um processo de valoração dessa prova que ultrapassa a validação dada a qualquer outro testemunho produzido em audiência. O policial, na figura mitológica do “super-herói”, tem completa preponderância, assumindo a fé pública e o eterno compromisso de dizer a verdade, o compromisso com a justiça penal. Tal força ganha ainda mais influência naqueles crimes em que não há vítima direta,

⁷ Mais informações em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticias-epistemicas-prova-testemunhal/>> . Acesso em: 20 jan. 2024.

como os previstos na Lei de Drogas. A apreensão de substância e a palavra do policial responsável pela flagrância são suficientes para se alcançar a condenação do acusado.

Miranda Fricker denomina o fenômeno acima de maneira simples e objetiva: poder, isto é, a capacidade que agentes sociais (indivíduos, grupos ou instituições – agentes de poder) têm de exercerem influência sobre outros (2007, p. 10, tradução livre).

Em audiências de instrução e julgamento, pelo risco da falsa memória e o elevado número de operações de que fazem parte os agentes policiais ouvidos como testemunhas, é comum e notória a ocorrência de situações em que o agente informa não se recordar dos fatos, tão somente reiterando as informações constantes no APFD (Auto de Prisão em Flagrante Delito).

Tais informações, no entanto, são produzidas sem o contraditório necessário para se garantir à defesa todos os meios de impugnação à legalidade e veracidade das provas produzidas. Comumente, na atuação como advogada, vislumbro casos em que o acusado alega não ter franqueado a entrada do policial em sua residência para busca domiciliar, ao passo que o agente, reiterando o constante em APF, afirma que foi, sim, franqueada tal entrada. Em todos os casos, quebra-se o modelo acusatório, outorgando-se à defesa que comprove que, de fato, não houve franqueamento de entrada, quando, em verdade, tal obrigação deveria ser da acusação. Em todos esses casos, se não me falha a memória, não houve reconhecimento de ilegalidade na busca domiciliar, seguindo o processo à recorrente condenação, em que pese seja contrário a essa atuação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸.

⁸ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". (...) 2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem

Outro ponto que merece atenção diz respeito à possível imparcialidade, em certos contextos, do testemunho policial, considerando-se seu papel funcional de repressão ao crime. A tendência dos policiais é apresentar uma versão dos fatos de forma a se alcançar uma condenação com a finalidade inconsciente de, até mesmo, justificar sua atuação profissional.

Não é demais afirmar que o agente policial, ao prestar depoimento, não traz consigo a presunção de legalidade ou legitimidade de seus atos, pois isto implicaria em lhe conceder maior carga valorativa, o que não se coaduna com o princípio da presunção de inocência.

A presunção de legalidade/legitimidade dos agentes públicos é destinada ao exercício de suas funções típicas, não se incluindo neste rol o depoimento em processo judicial na qualidade de testemunha. Como testemunha arrolada, naquele instante, o policial está despedido da qualidade de agente público, atuando como verdadeira testemunha, sob pena de sequer ser necessário compromissá-lo a dizer a verdade, já que suas palavras gozariam de presunção de veracidade.

Impende destacar que, não raras vezes, as adversidades do ofício levam a conflitos pessoais entre agentes policiais e acusados, o que pode influenciar em seu

sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade. (...) 6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (in dubio libertas). O consentimento "deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção ("consent, to be valid, 'must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion"). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (totality of circumstances). (...) 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral - pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro - e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. (...) (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.)

testemunho, já que despido de impessoalidade e vestido pela roupagem subjetiva de seu interesse, o que o torna suspeito.

E, para rematar este ponto, como qualquer outro ser humano, o agente policial está sujeito às falsas memórias, examinadas em item anterior, de modo que, ainda que agindo de forma mais imparcial e voltada à verdade possível, poderá ser atingido pela falsa lembrança de um fato, ou pela confusão entre um caso e outro, dadas a cansativa rotina de apreensões feitas em sua carreira.

Diante do exposto, merece total rechaço, no âmbito do Processo Penal pautado no acusatório, especialmente embebido no standard probatório da prova além de toda dúvida razoável, a decisão condenatória que se pautar tão somente no testemunho policial, especialmente no âmbito dos crimes envoltos à Lei de Drogas. Laudo pericial e testemunho policial, por si só, não atestam traficância, de modo que, pela acusação, outras provas devem ser produzidas, especialmente aquelas documentais, considerando-se a adoção de câmeras operacionais.

De igual modo, nos demais delitos, deve-se ter especial cuidado com a prova em comento, válida tão somente em caso de robustez probatória, com outros meios probatórios juntados aos autos, garantido o contraditório às partes. Tal decisão se faz a mais coerente, sob pena de se responsabilizar criminalmente – e encarcerar, num estado de coisas inconstitucional que é o sistema penitenciário brasileiro – sujeitos que podem, indubitavelmente, não serem autores de um delito, sendo inocentes.

Lembremos que, no Processo Penal, a decisão não pode já estar tomada antes da produção probatória. A decisão, em verdade, deverá ser tomada tão somente quando, garantido todo o procedimento em concordância com a presunção de inocência e o modelo acusatório de processo, se tiver a superação da dúvida razoável e a comprovação da ocorrência do delito.

5. CONCLUSÃO

A presente – e sucinta – análise, buscou evidenciar não apenas a falibilidade do testemunho policial como fonte de prova no processo penal brasileiro, mas a fragilidade da prova testemunhal como um todo, admitindo-se sua formação e conformação com base

em perspectivas subjetivas de um ser humano sobre um fato ocorrido, sua visão sobre tal ocorrência.

Não se quis, aqui, afirmar que a prova testemunhal jamais deverá ser utilizada no processo penal, especialmente porque, sabe-se, toda prova admite falhas e dúvidas. Em verdade, o que se buscou com o presente trabalho foi apontar justamente a inviabilidade de aceitação da mencionada fonte de prova como única em um procedimento, inexistentes outros conteúdos probatórios a corroborarem tais alegações. A assunção da responsabilidade processual de condenação de um sujeito com base tão somente no testemunho de um policial responsável por certa apreensão põe em cheque não apenas o standard probatório do BARD, como também o esquema acusatório, impondo à defesa a obrigação de provar que as alegações policiais são inverídicas, e revertendo-se, assim, a ordem acusatória do processo penal.

Dessa maneira, torna-se possível calcar novos contornos – inclusive jurisprudenciais – sobre a afirmação do testemunho policial como fonte de prova, sim, desde que acompanhado de outras idônea e legalmente colhidas na fase processual, garantido o contraditório.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 30a. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do Processo Penal. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013

FERNANDES, Lara Teles. Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 260 f, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal (Trad. Ana P. Zomer et. al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269

Fricke, Miranda. Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. New York: Oxford University Press, 2007.

KAGUEIAMA, Paula T. *PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO SOBRE FALSAS MEMÓRIAS E MENTIRAS*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

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.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2022.

MALAN, Diogo *et. al.* (org.). *Processo Penal Humanista: Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

MATILDA, Janaína. *É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal*. In: *Coluna Limite Penal*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal/>>. Acesso em: 20 jan. 2024.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, jan./fev. 2008.

STEIN, Lilian Milnitsky; DOS SANTOS, Renato Favarin. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. *Revista Psicologia USP*, São Paulo, jul./set. 2008, p. 415-434.