

A prova testemunhal

Rômulo de Andrade Moreira*

A testemunha, em sentido próprio, é pessoa diversa dos sujeitos principais do processo (podemos dizer, um terceiro desinteressado) que é chamado em juízo para declarar, sob juramento, a respeito de circunstâncias referentes ao fato delituoso objeto da ação penal, a partir da percepção sensorial que sobre eles obteve no passado.

Mittermaier define a testemunha como sendo “*o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato*”.¹

Para Malatesta, o fundamento da prova testemunhal reside “*na presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade, e no maior número de casos, o homem é verídico*”.²

O testemunho é um meio de prova disciplinado nos arts. 202 a 225 do CPP. O Juiz, tendo em vista o sistema do livre convencimento, pode valorá-lo livremente à luz das demais provas produzidas. No antigo sistema da certeza legal ou da prova legal prevalecia o brocardo **testis unus, testis nullus** (**voix d’un, voix de nul**, para os franceses), onde uma só testemunha não valia como prova. Hoje se admite até uma condenação com base em um único testemunho, desde que corroborado com os demais meios probatórios colacionados aos autos. Por outro lado, muitas vezes vários testemunhos não são suficientes para uma sentença condenatória. Portanto, o que importa não é o número de testemunhas, mas a credibilidade do respectivo depoimento e o critério com que o julgador o aferirá.

Em nossa sistemática processual podemos identificar a testemunha:

a) Referida: aquela que, não tendo sido arrolada pelas partes, poderá ser ouvida pelo Juiz por ter sido citada por uma outra testemunha, dita referente (art. 209, § 1º., CPP). A inquirição da testemunha referida pode ser determinada de ofício ou a partir de requerimento das partes. Esta testemunha “*corroborará o depoimento da referente, ou lhe será contrário, ou então o completará, trazendo ao conhecimento do juiz novas circunstâncias e elementos de convicção sobre fatos litigiosos*”.⁴

b) Judicial: é aquela ouvida por ordem do Juiz, independentemente de indicação ou requerimento das partes (art. 209, **caput**). Esta prova testemunhal poderá ser produzida a qualquer tempo, seja durante a fase probatória, ou mesmo após a colheita de toda a prova (quando, ao invés de sentenciar desde logo, o Juiz converterá o julgamento em diligência a fim de ouvir a pessoa desejada, na forma do art. 502, parágrafo único, CPP), e, ainda, em grau de recurso (art. 616, **in fine**, CPP); observa-se que o art. 156, **in fine**, do CPP permite ao Juiz determinar de ofício quaisquer diligências para

dirimir dúvida sobre ponto relevante da questão.

c) Própria: depõe sobre fatos que dizem respeito diretamente ao objeto do processo, ao **thema probandum**, seja porque os presenciou, seja porque deles ouviu dizer.

d) Imprópria ou instrumental: declara ou certifica fatos que não se referem diretamente ao mérito da ação penal. Na verdade, a testemunha imprópria não presenciou nem ouviu dizer dos fatos objeto da ação, mas assistiu a um ato da **persecutio criminis**, seja na primeira ou na sua segunda fase, funcionando como um meio de garantia da veracidade e da legalidade de determinado ato. Como diz Vincenzo Manzini, este testemunho é uma “*assistenza di controllo, mera guarentigia processuale è invece la così detta testimonianza ad atti processuali*”.⁵ Esta testemunha atesta, por exemplo, que viu alguém depor sem coação ou ameaça ou que assistiu a apresentação de um preso em flagrante, etc. É evidente que se também presenciou ou ouviu dizer a respeito do thema será inquirida, outrossim, como testemunha própria. No nosso Código podemos exemplificar com os arts. 6º., V, 226, IV, 245, § 7º. e 304, § 2º.

e) Numerária: é a testemunha que presta compromisso ou juramento na forma do art. 203, primeira parte do Código de Processo Penal (ver adiante).

f) Informante ou declarante: é a testemunha que está dispensada por lei a prestar o compromisso. São elas os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos, além de todas aquelas elencadas no art. 206 (art. 208, CPP). Aliás, quanto a estes últimos (os parentes do acusado) só estão obrigados a depor quando sem os seus respectivos testemunhos não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (art. 206, **in fine**). Se depõem, não precisam prestar o compromisso, porém remanesce indeclinável o dever jurídico de dizer a verdade (ver adiante).

g) Direta: é a testemunha **de visu**, que sabe dos fatos porque os viu diretamente, os presenciou sensorialmente. Manzini só considerava verdadeiramente testemunha este tipo de declarante, pois, para ele, quem não presenciou os fatos seriam meros informantes. A lei brasileira, no entanto, não faz tal distinção, sendo que pelo sistema do livre convencimento é evidente que o Juiz pode valorar a prova da forma como melhor lhe aprouver, dando, por exemplo, valor maior à palavra da testemunha que viu do que à de quem apenas ouviu dizer.

h) Indireta: ao contrário, esta testemunha declara sobre o que ouviu dizer e não a respeito do que viu, testemunha **de auditu**. É um meio de prova criticado por muitos sob o argumento de que **testis debet deponere de eo quod novit et praesens fuit et sic per proprium sensum et non per sensum alterius**. Apesar de ser um testemunho, digamos, mais frágil e menos firme, o certo é que deve ser aceito como prova testemunhal, ainda mais à luz do referido sistema do livre convencimento que dá uma certa liberdade ao julgador no momento de avaliar a prova. Para Hélio Bastos Tornaghi a exigência que deve ser feita para se admitir o testemunho indireto é que o depoente indique “*as fontes de sua ciência como, aliás, ordena o art. 203 do Código de Processo Penal. Não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Observa o mesmo jurista que “o testemunho indireto é, ademais, por vezes, o único possível, como no caso de ausentes, de pessoas que, no leito de morte, fazem alguma declaração etc*”.⁶

Para Manzini, seriam cinco os requisitos da prova testemunhal em sentido próprio⁷ :

a) Judicialidade: só pode ser considerada testemunha a pessoa que depõe em juízo; se o faz perante outra autoridade que não seja um Juiz de Direito “*non mantiene carattere di testimonianza*”⁸ . Tornaghi acompanha o entendimento do seu mestre ao dizer que “*tecnicamente só é prova testemunhal o depoimento prestado em juízo (...), pois “a prova testemunhal de que a lei fala é*

aquela produzida perante o juiz”.⁹ Tourinho Filho¹⁰, no entanto, adverte não ser possível admitir esta característica em nosso País, pois, entre nós, o testemunho pode ser colhido também na fase policial, perante um Delegado de Polícia, no que concordamos.¹¹

b) Oralidade: o testemunho será sempre prestado na forma oral, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito, salvo breve consulta a apontamentos. Em nosso Direito positivo há regra expressa neste sentido (art. 204), havendo, porém, exceções quanto ao testemunho do surdo-mudo e do mudo (arts. 192, II e III e 223, parágrafo único), na Lei n.º 4.898/65 – Abuso de Autoridade (art. 14, § 1º.) e no art. 221, § 1º. do CPP. A regra da oralidade se justifica plenamente, pois o testemunho tem que expressar fisicamente as impressões sensoriais do depoente, o que só é verdadeiramente possível se realizado oralmente. Malatesta, aliás, inclui esta característica como o caráter fundamental do testemunho, “*aquela que o especifica como uma das formas particulares da afirmação de pessoa, diferenciando-o da outra forma particular chamada documento*”.¹²

c) Imediação: para Manzini só seria testemunha aquele que presenciou os fatos diretamente, percebendo-os sensorialmente, tendo-os visto, ouvido ou sentido imediatamente, pois “*la testimonianza deve esprimere percezioni sensorie ricevute immediatamente dal dichiarante relativamente ad un fatto da provare*”.¹³ Porém, o nosso Direito admite, como vimos acima, que a testemunha também deponha sobre fatos dos quais apenas ouviu dizer (**de auditu**), razão pela qual, entre nós, não se pode indicar a imediação como uma característica do testemunho, até porque não se coaduna com o sistema do livre convencimento.

d) Objetividade: a testemunha não pode se manifestar subjetivamente sobre os fatos a respeito dos quais depõe, emitindo opiniões pessoais sobre os mesmos “*salvo quando inseparáveis da narrativa do fato*”, como explicita o art. 213 do CPP. Por conseguinte, não pode o Juiz fazer-lhe perguntas que venham a ensejar este tipo de resposta; deve também o Magistrado indeferir as perguntas assim formuladas pelas partes: **testis non est iudicare**... Opiniões idiossincráticas comprometem a credibilidade e a imparcialidade da testemunha.

e) Retrospectividade: a testemunha depõe sempre sobre fatos pretéritos e não sobre fatos futuros. Tornaghi, exemplificando, afirma que “*se um engenheiro depõe sobre um incêndio a que assistiu, não lhe toca pronunciar-se sobre a iminência de desmoronamento das paredes que restam*” ou “*se um médico é chamado a depor sobre uma agressão, não lhe compete dizer se a lesão produzida na vítima vai inabilitá-la para o trabalho por mais de 30 dias*”, pois, ainda que possuam capacidade técnica para prever acontecimento futuro, por estarem depondo apenas como testemunhas (e não como peritos), não poderiam fazer tais apreciações.¹⁴ Como diz Manzini, “*ciò appunto distingue la testimonianza dalla perizia*” (Ob. cit., p. 103).

Toda pessoa física tem capacidade para ser testemunha, segundo reza o art. 202 do CPP. Mesmo os menores, os insanos e os amorais podem ser arrolados para testemunhar, cabendo ao Juiz, com critério, avaliar a prova colhida de acordo com a sua convicção e fundamentando sempre a sua decisão. O que pode variar, portanto, é o critério de avaliação de cada depoimento, não a sua admissibilidade. Para Manzini, podem testemunhar, por exemplo, os doentes mentais, as crianças, o surdo-mudo, os cegos, os ébrios, os condenados, etc., desde que tenham presenciado o fato e possam relatá-lo, “*libero poi il giudice di valutare la credibilità del teste e della sua deposizione*” (p. 106). É bom lembrar, porém, que os menores de 14 anos e os doentes mentais, entre nós, não prestarão compromisso.

É evidente que uma certa precaução se deve ter com o depoimento de crianças, mas nunca a ponto de torná-las incapazes para depor, apenas não se lhes deferirá o compromisso. Vale a advertência do Desembargador Camargo Aranha: “*O testemunho infantil merece ressalvas; é deficiente e perigoso. Por conter defeitos psicológicos e morais não pode ser recebido como um juízo de plena*

certeza".¹⁵ Este mesmo autor aponta três fatores psicológicos que tornam deficientes tais testemunhos: a imaturidade, a imaginação e a sugestibilidade. Nada obstante tal consideração entendemos que não se pode desprezar absolutamente o testemunho infantil, mesmo porque pode ser uma prova nos autos que, quando corroborada por outras, mostre-se crível. Em recente julgado, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo assim decidiu:

"O testemunho de criança, que deve ser cercado de todo cuidado, não pode, de per si, ser execrado, ignorado ou tido como suspeito; na espécie, não procedem as críticas apresentadas, que se fundam em teses anciãs e sovadas doutrinas, insuficientes à desqualificação da prova apresentada".¹⁶

A respeito, vejamos outros julgados:

"Atentado violento ao pudor – Ocorrência. Atos consistentes em deitar, despir, beijar a boca e o corpo, chegando a ejaculação, em criança do sexo feminino, com oito anos, enteada do autos. Prova. Palavras da vítima, corroboradas pelas declarações de sua mãe e uma vizinha. Em delitos contra os costumes, ocorridos às escondidas, a palavra da ofendida merece especial relevo, se em consonância com o restante da prova. Apelo improvido" (Apelação crime nº 70005340609, 8ª Ccrim TJRS, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, j. 02/04/03) (destacamos).

"PROVA. CRIME CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VÍTIMA. CRIANÇA. VALOR. Como se tem decidido, nos crimes contra os costumes, cometidos às escondidas, a palavra da vítima assume especial relevo, pois, via de regra, é a única. O fato de ser ela uma criança não impede o reconhecimento do valor de seu depoimento. Se suas palavras se mostram consistentes, despidas de senões, servem elas como prova bastante para a condenação do agente. É o que ocorre no caso em tela, onde os seguros depoimentos da ofendida informam sobre o estupro e seu autor, o apelante. Condenação mantida." (Apelação crime nº 70005252325, 6ª Ccrim TJRS, Rel. Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 19/12/02) (destacamos)

"ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. Em crimes contra os costumes, cometidos sem a presença de testemunhas, em especial os domésticos, a palavra da vítima possui alta potencialidade probante, sobretudo em se tratando de criança de doze anos, cuja ausência de experiência de vida não permitiria a narrativa coerente do fato só com base na imaginação, versão reforçada, ainda, pelo contexto da prova testemunhal que trouxe outros elementos de convicção" (Apelação crime nº 70004906301, 8ª Ccrim TJRS, Rel. Dês. ROQUE MIGUEL FANK, j. 06/11/02) (destacamos)

"Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico, com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu" (TJSP – AC – Rel. LUIZ BETANHO – RT 671/305) (destacamos).

"Em crimes praticados na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se releva ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que de pouca idade, a inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Especialmente, se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar para terceiros estranhos, toda a humilhação, toda a vergonha, toda a desdita por que passou" (TJSP – AC – Rel. CANGUÇU DE ALMEIDA – RT

Assim, como visto, não resta dúvida que a palavra da vítima, ainda que menor impúbere, é elemento hábil para, em consonância com o acervo probatório, fundamentar um decreto condenatório.

E quanto ao depoimento de policiais que participaram da investigação que originou o processo criminal? Esta hipótese, longe de ser incomum, encontra-se presente em grande número de feitos criminais, até porque, muitas vezes, são realmente as únicas testemunhas do fato criminoso, mormente quando se trata de prisão em flagrante de delito clandestino. Há uma corrente jurisprudencial que afasta por completo a admissibilidade desta prova por entender, em suma, que estas pessoas seriam suspeitas e estariam, portanto, impedidas de depor. Corrente majoritária, porém, caminha em sentido oposto, admitindo-a, pois não enxergam suspeição pelo simples fato da atuação funcional.¹⁷ Estamos com este segundo entendimento, tendo em vista que, à luz do nosso sistema de apreciação de provas, cabe ao Juiz, com critério, dar o devido valor à prova colhida. Se os depoimentos dos policiais não forem, por exemplo, objeto de qualquer contestação por parte do réu, como os desqualificar? E, mesmo que o sejam, como não os admitir se provada estiver a materialidade do fato e os outros testemunhos corroborá-los?

A respeito, veja-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73.518-5/SP, 1.^a T STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 18.10.1996).

Podemos identificar os seguintes deveres inerentes à testemunha:

a) Dever de comparecer sob pena de condução coercitiva (art. 218, CPP), pagamento de multa (inaplicável) e das custas da diligência, sem prejuízo de responder pelo crime de desobediência (art. 219). Este dever de comparecimento encontra quatro exceções em nosso Direito, a saber: a testemunha enferma ou idosa (art. 220); as pessoas, ditas egrégias, referidas no art. 221, além dos membros do Ministério Público (art. 40, I da Lei n.º 8.625/93), constituindo-se estas exceções prerrogativa de função e não mero privilégio, o que afrontaria a Constituição Federal; a testemunha que morar fora da jurisdição do Juiz processante, que será ouvida mediante carta precatória (art. 222, **caput**); e os agentes diplomáticos de governos estrangeiros, por força de regras previstas no Direito Internacional (art. 1.º, I, CPP c/c a Convenção de Viena, de 24 de abril de 1963) .

b) Dever de prestar compromisso: o juramento é uma formalidade exigida por lei que obriga ao Juiz, antes do depoimento, exortar a testemunha a prometer dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, sob palavra de honra, advertindo-a, inclusive, das penas cominadas ao falso testemunho (art. 203, primeira parte, c/c art. 210, **in fine**). O juramento, de regra, é exigido para todo indivíduo que seja arrolado para ser ouvido como testemunha, pois *“constitui uma garantia ainda mais importante, quer se o considere do ponto de vista da sanção religiosa, da moral ou da legal, pois se sabe, por experiência, que, muitas vezes, não sendo ligado pelo juramento, o homem falta à verdade em suas declarações; mas, obrigando-o à fé do juramento, retrata a sua primeira versão, e*

não mais cala a verdade, que um dever imperioso lhe manda revelar".¹⁹ A propósito, na Espanha o juramento é prestado invocando o nome de Deus: "*El juramento se prestará en nombre de Dios*" (art. 434 da Ley de Enjuiciamiento Criminal). As exceções a esse dever, como se disse acima, estão elencadas no art. 208 do CPP. A falta de compromisso, quando era cabível prestá-lo, gera nulidade relativa, a teor do disposto no art. 564, IV, CPP.²⁰

c) Dever de dizer a verdade (art. 203, primeira parte): é um dever indeclinável de toda testemunha. Aquele que falta a este dever incorre nas sanções do art. 342 do Código Penal – falso testemunho. Aliás, o próprio CPP, no art. 211 e seu parágrafo, determina ao Juiz remeter à polícia cópia do depoimento da testemunha mentirosa para a instauração de inquérito policial, quando da prolação da sentença final. Caso o depoimento tenha sido prestado em audiência ou em plenário de julgamento (Juízo singular, Tribunal ou Júri), a testemunha poderá ser imediatamente apresentada à autoridade policial, seja pelo Magistrado, seja pelo órgão colegiado, seja pelo Conselho de Sentença, após a votação dos quesitos.

O dever de falar a verdade independe do compromisso ou juramento, é dizer, ainda que não tenha prestado tal formalidade deve a testemunha, sob pena de cometer o mesmo delito, falar a verdade, salvo se o fizer para não se incriminar (autodefesa), quando estaremos frente à inexigibilidade de conduta diversa que exclui o crime. Observa-se que o atual Código Penal aboliu a condição ou pressuposto do compromisso como elementar do tipo, não havendo como mais distinguir, portanto, entre testemunha numerária ou informante para efeito de sujeito ativo do crime²¹.

d) Dever de se identificar ou de se qualificar (art. 203, primeira parte): deverá a testemunha indicar seus dados qualificativos corretamente, a fim de que possa a autoridade certificar-se que a pessoa ouvida é realmente a que foi arrolada. Ademais, deve também informar se possui alguma vinculação de parentesco com as partes. A propósito, o art. 205: "*se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo*".

e) Dever de depor: "*A testemunha não poderá eximir-se do dever de depor*" (art. 206, primeira parte). Esta regra comporta algumas exceções, a saber: as pessoas enumeradas no art. 206, segunda parte, "*salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias*"; as pessoas referidas no art. 207, "*salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho*" (logo, não haveria exatamente um dever, mas uma mera faculdade); os Deputados Estaduais, Deputados Federais e Senadores, em relação "*a informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato*" (arts. 53, § 6º., c/c 27, § 1º., da Constituição Federal, com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº. 35); e os agentes diplomáticos (Convenção de Viena).

A primeira exceção repousa no resguardo necessário às relações familiares. A existência do vínculo entre o acusado e os parentes indicados deve ser aferida no momento do depoimento e não no momento da prática do delito.

Já a segunda exceção descansa na necessidade de se proteger a inviolabilidade do segredo revelado por alguém em confiança ou em razão de sua atividade, dispensa posta à disposição de médicos, advogados, engenheiros, jornalistas, secretárias, tutores, curadores, padres, pastores, guias espirituais, freiras, etc. Veja-se, com Tourinho, que "*só haverá a proibição, se houver um nexo causal, isto é, é preciso que a pessoa saiba do segredo em razão do ofício etc. Simples conhecimento decorrente de relação ocasional não gera a obrigação de guardá-lo. Assim, um médico que, num táxi, ouve uma conversa, não estará impossibilitado de depor sobre o que ouviu...*".²²

A terceira dispensa reside em prerrogativa necessária a uma atuação parlamentar segura e independente, enquanto a quarta exceção tem origem tradicional no Direito das Gentes, na soberania nacional e no bom relacionamento entre as nações.

Observar quanto aos advogados que, além da regra genérica prevista no art. 207 (proibição decorrente do segredo profissional), o art. 7º., XIX do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil diz ser direito do advogado “*recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte (...)*”.

f) Dever de fundamentar o seu depoimento, ou seja, dever de explicar “*as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade*” (art. 203, *in fine*). Tal obrigação é necessária para que o Juiz possa averiguar “*se existe adequação entre o que diz a testemunha e a realidade, é necessário que ela ministre os meios de contraste, que aponte as ligações entre o sujeito, que é ela própria, e o objeto, que é o fato*”.²³ É a aplicação da regra **iudex interroget testes de causa scientiae**.

g) Dever de comunicar mudança de endereço (art. 224): o Juiz processante deve estar ciente de qualquer modificação no lugar de residência da testemunha, pois poderá haver a necessidade de reouvi-la ou mesmo submetê-la a uma acareação ou reconhecimento de pessoa ou coisa (arts. 502, parágrafo único e 616 do CPP).

Quando a testemunha for militar deverá ser requisitada a sua presença à autoridade superior (art. 221, § 2º., CPP) e se for funcionário público deve ser comunicada ao chefe da repartição a expedição do mandado, indicando-se o dia e a hora marcados, evitando-se, assim, que o serviço público sofra qualquer tipo de solução de continuidade (art. 221, § 3º.).

Se a testemunha residir fora da Comarca do Juízo processante, deverá ser ouvida mediante carta precatória. Neste caso, diz o Código (art. 222) que as partes deverão ser intimadas da respectiva expedição, não se exigindo, porém, que sejam comunicadas do dia e da hora marcados para a audiência. O correto seria que as partes, além desta intimação, também fossem notificadas da data da audiência no juízo deprecado, garantindo-se, assim e verdadeiramente, o contraditório e a ampla defesa. Este, no entanto, não é o entendimento do STF (Súmula 155) e do STJ (Súmula 273). A instrução criminal também não será suspensa com a expedição desta carta precatória (art. 222, § 1º.).

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se antecipar a ouvida de uma testemunha, sempre que houver necessidade de alguma se ausentar, ou no caso de enfermidade ou velhice (art. 225). Esta antecipação de prova poderá ser determinada de ofício pelo Juiz ou a requerimento das partes. Neste caso, a ouvida de uma “testemunha de defesa” antes de uma “de acusação”, invertendo-se a ordem determinada pelo Código (art. 396) e exigida pelo princípio do contraditório, não gerará nulidade, desde que a providência tenha sido realmente imprescindível.

Se a testemunha for estrangeira, o seu depoimento será tomado com o auxílio de um intérprete (art. 223), mesmo que o Juiz conheça o idioma. O intérprete deverá ser oficial; se não houver, nomear-se-á alguém habilitado a exercer o múnus, tomando-se-lhe o compromisso.

Se se tratar de mudo, surdo ou surdo-mudo, obedece-se ao disposto no art. 192, CPP.

De regra o número de testemunhas é de oito para a acusação (independentemente do número de acusados) e oito para a defesa (por cada réu), não se computando neste número as referidas, as informantes, as judiciais e as que nada souberem que interesse à decisão da causa (arts. 398,

parágrafo único e 209, **caput** e seu § 2º. do CPP). Este é o número previsto para o procedimento-regra dos crimes apenados com reclusão (art. 398). Porém, há exceções, como, por exemplo, no procedimento sumário para crimes apenados com detenção (cinco testemunhas), no Plenário do Júri (cinco), o mesmo número no procedimento dos crimes das leis de tóxicos (art. 37, III da Lei nº. 10.409/02) e de economia popular (art. 10 da Lei nº. 1.521/51).

A testemunha poderá ser contraditada ou argüida por qualquer das partes, inclusive pela parte que a arrolou. Veja-se a respeito o art. 214.

Tornaghi vê neste artigo duas coisas distintas: a contradita e a argüição de defeito. Para o mestre, a testemunha será contraditada se mentir ou calar a verdade quando perguntada sobre seus dados qualificativos ou sobre suas relações com o acusado, o ofendido ou o Ministério Público. De outro modo, argüir-se-á defeito da testemunha que, por qualquer outra circunstância, for suspeita de parcialidade ou não mereça fé (se for doente mental, ou interessado na causa, ou se estiver respondendo a processo análogo, além de sentimentos como a paixão, a solidariedade e a vaidade, a promessa de recompensa, o suborno, etc.). Veja-se, subsidiariamente, o art. 405, § 3º. do Código de Processo Civil que trata das testemunhas suspeitas.

Contraditada ou argüida a testemunha, o Juiz fará consignar a alegação, bem como a resposta do depoente, mas só o excluirá ou não lhe deferirá compromisso nos casos dos arts. 207 e 208, CPP.

Se o réu, pela sua atitude, estiver influenciando no depoimento de uma testemunha, permite o CPP, no art. 217, que ele seja retirado do recinto, prosseguindo a audiência na presença do seu advogado. Este incidente deve ser obrigatoriamente registrado na respectiva ata da audiência para futuro controle na superior instância, se for o caso. Semelhante regra encontra-se no art. 796 do Código de Processo Penal, além do art. 55 da Lei nº. 10.409/02 (Tóxicos).

As testemunhas deverão ser inquiridas separadamente, a fim de que uma não saiba e não ouça as declarações da outra, evitando-se, assim, que haja qualquer influência a prejudicar a finalidade do testemunho (art. 210).

As perguntas das partes às testemunhas devem ser dirigidas ao Juiz que as formulará diretamente ao depoente, transcrevendo-se a resposta o mais fielmente possível (arts. 212 e 215), “*cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária*” fazer as perguntas (art. 416 do Código de Processo Civil, c/c art. 3º., CPP). Este é o sistema presidencialista, ao contrário da **cross examination** onde as partes se reportam à testemunha diretamente. No Brasil, apenas no plenário do Tribunal do Júri se permite que as partes e os jurados se dirijam diretamente às testemunhas, excetuando-se o sistema presidencialista (art. 467)²⁵. Não pode o Magistrado recusar-se a fazer as perguntas requeridas, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. Se o fizer, deve o fato ser anotado na ata da audiência para posterior controle de sua legalidade.

Após a transcrição das respostas, a testemunha deverá assinar o respectivo termo juntamente com o Juiz e as partes. Se não souber ou não puder assinar, alguém o fará por ela (art. 216).

Questão de fundamental importância diz respeito à proteção física das testemunhas, pois muitas delas podem vir a sofrer graves represálias por conta de depoimento que prestaram ou que prestarão à Justiça criminal, fato absolutamente comum em nosso país. Nos Estados Unidos, por exemplo, desde o ano de 1971 que o Serviço Marshall passou a se encarregar também da proteção de testemunhas. No Reino Unido há um programa de proteção semelhante, o **Victim Support**, em funcionamento desde 1974, assim como na Itália, país que combateu e combate a máfia graças à proteção eficiente que passou a dar às pessoas que se dispunham a colaborar com o seu testemunho.

No Brasil já temos uma lei específica a respeito do assunto, a Lei nº. 9.807/99 regulamentada pelo Decreto nº. 3.518/00 que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, além de instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Para a implementação deste Programa, os Estados²⁶, a União e o Distrito Federal poderão celebrar convênios com entidades não-governamentais, sob a supervisão do Ministério da Justiça.

A proteção poderá se estender aos familiares da testemunha, desde que haja a anuência do beneficiado e poderá consistir, a depender da gravidade e das circunstâncias do caso, em segurança residencial, escolta policial, transferência de residência, ajuda financeira, social, médica, psicológica, etc.

A duração máxima do benefício será, em regra, de dois anos, podendo ser prorrogada excepcionalmente se perdurarem os motivos que autorizaram a admissão. Também em circunstâncias excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá ser alterado o nome da testemunha protegida

Notas de rodapé convertidas

1 Tratado da Prova em Matéria Criminal, 3ª. ed., Campinas: Bookseller, 1996, p. 231.

2 Nicola Framarino dei Malatesta, A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, vol. II, 1960, p. 16, tradução de Alexandre Augusto Correia.

3 José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª. ed., Campinas: Bookseller, vol. III, 1998, p. 314.

4 Nesta segunda hipótese, entendemos como Tourinho Filho, que as partes deverão mais uma vez ser ouvidas "*sobre esse novo conjunto de provas trazidas pelo Juiz.*"(CPP Comentado, Vol. II, 6ª. ed., 2001, p. 138).

5 Trattato di Procedura Penale Italiana, Torino: Fratelli Bocca, vol. II, 1914, p. 98.

6 Curso de Processo Penal, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1991, p. 393.

7 Idem.

8 Idem.

9 Ob. cit., p. 394.

10 Processo Penal, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998, p. 298.

11 Sem nos esquecermos, evidentemente, que a prova colhida na fase inquisitorial deve ser, salvo absoluta impossibilidade ou aquela irrepetível, reiterada na fase judicial, onde se produzirá sob o pálio do contraditório e da ampla defesa.

12 Ob. cit. p. 22.

13 Ob. cit., p. 99.

14 Ob. cit., p. 396.

15 Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 158.

16 Apelação nº. 1.133.461/7 – Itu, 1ª. Câmara, Rel. Juiz Di Rissio Barbosa, j. 29/07/99, v.u.

17 Camargo Aranha, ob. cit. p. 159.

18 O art. 31, 2 da referida Convenção estabelece expressamente que “o agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha.”

19 Mittermaier, ob. cit. p. 234.

20 Neste sentido Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., p. 314.

21 Neste sentido, conferir a lição, ainda válida, do velho Hungria, in Comentários..., vol. IX, pp. 475 e 485 (2ª. ed., 1959).

22 Ob. cit., p. 303.

23 Hélio Bastos Tornaghi, ob. cit., p. 414.

24 Ob. cit., p. 416. O mestre lembra que, diferente da contradita ou da arguição de defeito, existe a contestação imediata ao depoimento (não à testemunha), como prevista, antes da unificação processual penal, no Código de Processo Penal do Distrito Federal. Com efeito, a contestação permitia “a possibilidade da reinquirição imediata da testemunha sobre os pontos contestados, da retificação na hora, no momento mesmo, por parte do próprio depoente.” Hoje, tal contestação foi “diferida para qualquer oportunidade de defesa (alegações anteriores à pronúncia, razões finais, debates etc.), privando o juiz de um dado mais eficaz para a avaliação das declarações prestadas.” (p. 417).

25 O Projeto de Lei nº. 4.205/01 que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, abandonando o nosso sistema tradicional de ouvida das testemunhas, que é o presidencialista (atual art. 212), adota agora o sistema americano da **cross examination**, ou seja, “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”

26Veja nesta obra o nosso artigo sobre como funciona este programa no Estado da Bahia e a sua ligação com o Ministério Público Estadual.

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia. Ex-Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS na graduação e na pós-graduação. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Autor da obra “Direito Processual Penal”, Rio de Janeiro: Forense. No prelo: “Estudos de Direito Processual Penal”, São Paulo: BH Editora. **E-mail do autor** : moreira@e-net.com.br

Jus Vigilantibus, Vitória. Disponível em: <<http://jusvi.com/>>. Acesso em: 10 jul. 2006.