

ALGUNS ASPECTOS DA PROVA TESTEMUNHAL

DR. FLAVIO FENOGLIO GUIMARÃES*

ALGUNS ASPECTOS DA PROVA TESTEMUNHAL

I - Considerações Gerais.

A palavra prova vem do latim probation, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, sendo usada em diversos.

Dentre os vários significados, o jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. [1]

O procedimento probatório, segundo observação de Jaime Guasp, é o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas. [2]

A prova, em regra, é função das partes e sua proposição reside na indicação dos fatos que devem ser provados e dos meios utilizáveis para tanto.

Cumprido ressaltar que o réu, em face do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII, C.F.), não está obrigado a provar sua inocência, cabendo à acusação demonstrar a existência do crime e sua autoria.

Deve, no entanto, a defesa, provar fato que alegou, observando a regra geral estabelecida no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Não cabe a acusador ônus de provas a inexistência de causa excludente de responsabilidade invocada por réu. O ônus de provar incumbe a quem faz a alegação.
[3]

Saliente-se que tem aplicação, no direito processual pátrio, mesmo que de forma relativa, o princípio da verdade real, não encontrando o juiz limitações na forma ou na iniciativa das partes, para a aplicação do jus puniendi.

Vários são os meios de prova acolhidos pelo nosso direito processual penal (artigos 158 a 250 do C.P.P.).

O presente trabalho visa, mesmo que superficialmente, a análise de alguns aspectos da prova testemunhal.

II - Do testemunho e impedimentos.

O testemunho, no dizer de Hélio Tornaghi, é a fonte por excelência da certeza histórica. [4]

A prova tem por finalidade demonstrar a verdade histórica a respeito de determinados fatos.

No processo, quase sempre, a prova de um fato delituoso, sua autoria e bem como suas circunstâncias são demonstradas por meio de um testemunho.

Segundo os ensinamentos de Magalhães Noronha, no sentido legal, testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal. [5]

Daí se depreende que as testemunhas são pessoas que depõem sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado.

Transmitem ao juiz da causa criminal suas impressões sobre determinado fato, de acordo com a maneira pela qual tiveram, de alguma forma, dele percepção através dos seus sentidos, especialmente a audição e a visão.

A doutrina elenca algumas características do depoimento prestado pela testemunha.

Só é prova testemunhal a prestada em juízo, embora, às vezes, a pessoa deponha fora do Poder Judiciário, v.g. em Inquérito Policial mas sempre destinado ao juiz, daí o caráter da judicialidade.

Embora reduzido a termo o depoimento deve ser prestado de viva voz, salvo as exceções do surdo-mudo e do artigo 221, § 1º, do Código de Processo Penal, prevalecendo, portanto, a oralidade (art. 204 do C.P.P.).

O depoimento está sujeito à objetividade pois a testemunha deve se restringir aos fatos, sem externar suas opiniões ou fazer qualquer juízo de valor (art. 213 do C.P.P.).

A retrospectividade é característica do depoimento testemunhal já que a testemunha transmite acontecimentos pretéritos, não devendo fazer qualquer prognóstico.

Em virtude da busca da verdade real e o sistema da livre apreciação das provas, cabendo ao juiz valor o conteúdo do depoimento, toda pessoa poderá ser testemunha (art. 202 do C.P.P.), com exceção daquelas que em estão proibidas em razão de

função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada quiserem dar seu testemunho (art. 207 do C.P.P.).

Em regra a testemunha não pode se eximir de depor, exceto as pessoas enumeradas no artigo 206 do Código Penal, que dado aos laços afetivos e de consangüinidade que as prendem ao acusado não podem ser obrigadas a depor e, se o fizerem, pela mesma razão, estão isentas do compromisso de dizer a verdade (art. 203 do C.P.P.).

Visa-se, com esse dispositivo, preservar-se a paz e a harmonia na família, não impondo o constrangimento de depor.

Porém, não se consentirá na recusa quando inexistir outro comprovante de fato delituoso cometido pelo acusado, devendo ser colhido o depoimento sob pena de nulidade. Nesse sentido, a jurisprudência, inclusive com relação a depoimento de pai contra filho, e de filho contra pai. [6]

As mesmas razões sentimentais que justificam a dispensa ou desobrigam do compromisso as pessoas enumeradas no artigo 206 do Código de Processo Penal, especialmente após a promulgação da Constituição de 1.988, cujo artigo 226, § 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devem ser estendidas à figura da amásia. [7]

Se as pessoas elencadas no artigo 206, depois de advertidas pelo juiz de seu direito de se eximirem de depor quiserem, mesmo assim, prestar seu depoimento, a elas não se deferirá o compromisso do artigo 203 do Código de Processo Penal.

A razão é óbvia pois tais pessoas dificilmente prestarão o depoimento com a imparcialidade que se espera das demais testemunhas, em virtude dos laços que as unem ao acusado.

Os menores de quatorze anos, os doentes mentais e deficientes mentais não prestam compromisso ao depor e são considerados simples informantes (art. 208 C.P.P.).

De outra parte, a testemunha regularmente compromissada deve depor sobre os fatos que tem conhecimento e que sejam relevantes para a causa penal, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho (art. 342, § 1º, do C.P.).

As pessoas que devam guardar sigilo, em virtude das atividades, são, como já dito, impedidas de depor, salvo quando autorizadas pela parte interessada e assim o desejarem.

A violação do segredo constitui ilícito penal, resguardando a Constituição Federal o sigilo da fonte quanto ao exercício profissional de informação (art. 5º, XIV) e dos parlamentares (art. 53, § 5º).

Sob este enfoque pode-se dizer que é 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, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX, da Lei 9.906/94).

III - Procedimento.

O rol de testemunhas deve ser apresentado com a denúncia ou queixa e acompanhando a defesa preliminar.

Fora desses casos as testemunhas poderão ser ouvidas por determinação do juiz, no caso do artigo 499 do Código de Processo Penal e em face do princípio da verdade real.

Não se incluem no número de testemunhas arroladas as que não prestaram compromisso e as referidas.

No procedimento ordinário o número máximo de testemunhas que poderão ser arroladas pelas partes é de oito de acusação e oito de defesa. No procedimento sumário o número cai para cinco.

Cumpra-se observar que no procedimento sumário relativo às contravenções penais o número é ainda mais reduzido: três para cada parte.

O procedimento sumaríssimo previsto para a apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, estabelecido nos artigos 77 a 83 da Lei 9.099/95, não dispõe sobre o número máximo de testemunhas das partes, sendo aplicável subsidiariamente o Código de Processo Penal (art. 92 da Lei Especial).

Na lição de Ada Pellegrini Grinover e outros, aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal: serão cinco, no máximo, no caso de processo por crime punido com detenção e três, igualmente no máximo, se a acusação for por contravenção.[8]

O depoimento é prestado perante o juiz, com a presença do Dr. Promotor de Justiça, do Defensor do réu e também deste.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem decidindo que a ausência do réu requisitado não prova nulidade por cerceamento de defesa, bastando a presença do advogado, que produz a defesa técnica, ante a ausência de prejuízo. [9]

Após a qualificação da testemunha, tomado seu compromisso, se o caso, de dizer a verdade e advertida das penas do falso testemunho, o juiz procede à inquirição e depois dá oportunidade às partes para as reperfuntas, que são feitas por seu intermédio, reperguntando, em primeiro lugar a parte que a arrolou.

Mister se observar que o juiz não fica adstrito às reperfuntas eventualmente formuladas podendo, ainda, complementar as reperfuntas feitas, tomando diretamente

a colheita da prova, tudo em face do princípio da verdade real e o do livre convencimento.

O juiz não pode recusar as perguntas formuladas pelas partes mas cumpre-lhe indeferir as impertinentes, inúteis ou que importem repetição de outra já respondida consignando no termo a pergunta indeferida, caso haja requerimento da parte nesse sentido (artigo 212 do C.P.P.).

O depoimento é tomado oralmente podendo a testemunha consultar apontamentos (artigo 204 do C.P.P.).

O juiz ditará o depoimento, reduzindo-o a termo (artigo 216 do C.P.P.) cingindo-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases (artigo 215 do C.P.P.).

Vale lembrar que o artigo 65, § 3º, da Lei 9.099/95 dispõe que se registrarão por escrito os atos havidos como essenciais, podendo ser gravados em fita magnética ou equivalente os realizados na audiência de instrução e julgamento, relativamente às infrações penais de menor potencialidade ofensiva.

As testemunhas serão inquiridas separadamente a fim de que uma não influencie o depoimento da outra acarretando mera irregularidade a inobservância da incomunicabilidade (artigo 210 do C.P.P.).

Se a testemunha, devidamente notificada, injustificadamente deixar de comparecer poderá ser conduzida coercitivamente, arcando com as despesas do ato, bem como responderá por crime de desobediência (artigo 218 do C.P.P.).

As partes poderão contraditar a testemunha, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal, argüindo defeitos pessoais tais como amizade íntima ou inimizade capital para com elas, ou qualquer outras circunstâncias que possam viciar o depoimento, além das elencadas nos artigos 207 e 208 do mesmo estatuto.

Nesses casos o juiz deve ouvir a testemunha sobre a argüição, fazendo constar sua resposta decidindo pela exclusão (artigo 207), pelo não deferimento de compromisso (artigos 206 e 208) ou por inquiri-la normalmente, observando-se que a dispensa da testemunha fora das exceções previstas é causa de nulidade. [10]

Durante o depoimento, poderá o juiz notar que a presença do acusado está influenciando no ânimo da testemunha. Em tal caso caberá ao juiz aplicar o disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal.

As testemunhas são inquiridas, via de regra, na sede do juízo ou tribunal.

Duas exceções, no entanto, são dispostas pela lei. As pessoas impossibilitadas por enfermidade ou velhice serão inquiridas onde estiverem (artigo 220 do C.P.P.). Ainda, em se tratando de pessoas egrégias o depoimento será tomado em local, dia e hora previamente ajustado entre elas e o juiz (artigo 221 do C.P.P.).

Ainda as pessoas residentes fora da comarca deverão ser inquiridas por meio de carta precatória (artigo 222 do C.P.P.).

Sobre esse aspecto ergue-se a discussão sobre a necessidade de intimação do defensor da designação do ato no juízo deprecado.

O STF entende que a expedição de precatória sem intimação da defesa é nulidade relativa devendo ser demonstrado o prejuízo, o mesmo ocorrendo com a requisição de réu preso. [11]

A defesa, segundo o entendimento pretoriano, deve apenas ser intimada da expedição da precatória, não sendo obrigatória a comunicação, pelo juízo deprecado, do dia da realização do ato, devendo, para reconhecimento de eiva, que haja prejuízo. [12]

Já com relação à requisição do réu preso para participar da audiência no local onde tramita o processo se tem entendido ser imprescindível, não podendo o ato ser realizado se o acusado não for apresentado.

A esse respeito oportuna a lembrança de acórdão da lavra do i. Juiz Vico Mamas, de onde se extrai, em suma, que o princípio constitucional da ampla defesa se desdobra em duas garantias: autodefesa e defesa técnica. A primeira significa a participação pessoal do acusado no contraditório, mediante sua contribuição para a função defensiva, dividindo-se no “direito de audiência” e no “direito de presença”, não podendo, por isso, o advogado dispensar a presença do réu implicando em sério obstáculo à verdade real, entre outras coisas. [13]

IV - Do valor probatório.

O princípio adotado pela legislação processual pátria é o da livre convicção, segundo se extrai do texto do artigo 157 do Código de Processo Penal.

A lei deixa ao juiz a avaliação da prova não lhe impondo um padrão ou regra. Vale dizer que a lei não diz ao juiz, antecipadamente, qual o valor de cada prova, exigindo, no entanto, que fundamente a decisão nos elementos contidos nos autos.

Diante disso o testemunho tem valor relativo e deve ser considerado em conjunto com todas as demais provas produzidas no decorrer do processo.

Como lembra Magalhães Noronha, é o testemunho a prova por excelência. O crime é um fato, é um trecho da vida e, conseqüentemente, é, em regra, percebido por outrem. O depoimento - lembra Vishinski - é uma das provas mais antigas e generalizadas. Não

há sistema probatório que lhe negue um lugar mais ou menos importante entre as demais classes de provas. [14]

A prova testemunhal é quase que imprescindível na maioria das ações penais.

O juiz deve confiar nos depoimentos prestados desde que estejam de acordo com os demais elementos dos autos.

Não se pode afastar de plano depoimento de qualquer pessoa unicamente por seu estado social, idade, profissão, ocupação etc, salienta Mirabete. [15]

Frente a essa situação temos que não se desprezam os depoimentos dos policiais quando são os únicos apresentados pela acusação.

Nada existindo que desabone os depoimentos de policiais, é de ser confirmada a condenação neles baseada[16], militando em seu favor, como agentes da administração, a presunção juris tantum de que agem corretamente, no exercício de suas funções. [17]

Todavia, há que se ter cautela e reserva na análise da palavra dos policiais, afirmam outros, devendo ser os testemunhos cortejados com as demais provas carreadas. [18]

Por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo está procurando legitimar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais depoimentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas estranhas aos quadros policiais. [19]

O depoimento infantil tem também sua credibilidade quando a criança relata fatos de simples percepção visual, de fácil compreensão[20] mas deve ser tomado com cautela diante da sugestionalidade. [21]

Uma única testemunha faz prova bastante quando seu depoimento se harmoniza com o mais que se apurar no processo.

Saliente-se, por fim, parafraseando Mirabete, que não vigora no nosso direito o brocardo testis unus, testis nullus. [22]

[1] Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo, 1993 - DA PROVA NO PROCESSO PENAL - pág. 5

[2] Derecho Processal Civil, 1956, página 361.

[3] RJDTACRIM 7/151

[4] Curso de Processo Penal - Saraiva, 1989, vol I, pág. 392

[5] apud Mirabete, Julio Fabbrini, - PROCESSO PENAL - Atlas, 1996, pág. 289

[6] Mirabete, op. cit., pág 290 - RT 609/308 e RT 580/461

[7] Apelação Criminal n. 183.257-3 - Piratininga - 5ª Câmara Criminal - Relator: Tristão Ribeiro - 08.06.95 - V.U.

[8] JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - Ed. RT - 1995, pág 151

[9] A.C. 172.404-3 - Ourinhos - 05.12.94 - Relator Augusto Marin; e A.C. 180.094-3 - Porto Feliz - 6ª Câmara Criminal - Relator Fanganiello Maierovitch - 28.09.95

[10] Excluir-se, antecipadamente, a testemunha do rol apresentado, com fundamento no § 2º do art. 209 do CPP, é cercear a defesa do réu. Pois que nenhum julgador, exceto se dotado de poderes sobrenaturais, poderá, de antemão, afirmar se a testemunha conhece, ou não, fatos, m detalhes e circunstâncias que interessem à defesa da causa (RT 542/374). No mesmo sentido RT 639/289 e RJDTACRIM 11/68)

[11] Súmula 155 e RTJ 63/776 e 95/561

[12] RT 500/342 e RTJ 95/547

[13] RT 718/408

[14] Curso de Direito Processual Penal - Saraiva - 1989, pág. 115

[15] op. cit. pág. 302

[16] RT 634/276, 654/278 e 619/329

[17] Ac. un., de 1.3.1990, em 7ª C. do TACrSP, Ap. n. 575.419-7, rel. Juiz WALTER TINTORI - idem RJTJESP-LEX 125/563

[18] RJDTACRIM 3/119

[19] A.C. n° 135.747, 3ª Câm.- TJSP - rel. Des. Chiaradia Netto

[20] RT 161/53, 170/91, 262/630, 392/315, 396/102, 420/989

[21] RT 604/332, 621/324

[22] po. cit., pág 303

* Juiz Auxiliar do 4º Tribunal do Júri de São Paulo. Mestrando em Direito Processual penal junto à Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Professor Universitário e Professor do Curso Preparatório Bandeirantes para Concursos.

Disponível em:

<http://www.estudando.com/direito/artigos/alguns_aspectos_da_prova_testemu.htm>

Acesso em: 18 ago. 2008.