

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
Elisângela Baungartner

DA PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Curitiba
2011

Elisângela Baungartner

DA PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Professor Daniel Ribeiro Surdi de Avelar.

Curitiba

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

Elisângela Baungartner

DA PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do grau de bacharel em direito do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, de de 2011.

Professor Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografia
Faculdade de Ciências Jurídicas
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador:

Prof. Daniel Ribeiro Surdi de Avelar
Juiz de Direito
Universidade Tuiuti do Paraná

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná

À Deus pelas oportunidades que me foram dadas na vida, propiciando sempre aprendizado e amadurecimento.

À minha mãe, Rosangela Maria Barth, por ter sempre me motivado a estudar e a buscar meus ideais, não esperando simplesmente que as coisas aconteçam, mas fazendo algo para que se realizem.

Ao meu pai, Newton Luiz Baungartner (*in memoriam*), por todo amor e ensinamentos a mim dedicados.

A todos os meus familiares e amigos por todo apoio, carinho, companheirismo e compreensão demonstrados em todos os momentos.

Agradeço a todos os professores do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, por todo ensinamento transmitido pacientemente durante estes cinco anos, em especial ao professor e orientador Daniel R. S. de Avelar por compartilhar seu conhecimento, por seu apoio, incentivo e orientação, tornando possível a conclusão desta monografia.

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é análise da prova testemunhal no Código de Processo Penal, principalmente quando o conjunto probatório for composto exclusivamente pela declaração de testemunhas, ou da vítima. Inicia-se com breves relatos históricos sobre a prova testemunhal, seu conceito, princípios, classificação, etc. Passando-se, então, a análise legislativa, a qual é delimitada ao Código de Processo Penal, fazendo, entre outras, referência a capacidade, obrigatoriedade e dispensabilidade da testemunha. Demonstram-se fatores capazes de influenciar na produção da prova testemunhal, como os aspectos do conhecimento, armazenamento e declaração do fato, enfatizando a fragilidade das declarações prestadas – que por vezes podem ser as únicas a comporem o conjunto probatório – e, ainda assim, estão sujeitas a modificações, como por exemplo, esquecimento por parte de quem as narra, com o transcurso do tempo, de detalhes importantes sobre o ocorrido.

Palavras-chave: Código de Processo Penal; prova oral/testemunhal; única declaração; fragilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL	7
1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS.....	7
1.2. CONCEITO.....	9
1.3. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL.....	11
1.4. PRINCÍPIOS ACERCA DA PROVA.....	14
1.4.1. Jurisdição.....	15
1.4.2. Presunção de inocência.....	16
1.4.3. Contraditório e ampla defesa.....	17
1.4.4. Livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	18
2. DA PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	20
2.1. CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR.....	20
2.1.1. Depoimento infantil.....	23
2.1.2. Depoimento de Policiais.....	24
2.1.3. Depoimento do menor imputável comparsa do réu.....	25
2.1.4. Depoimento da vítima.....	26
2.2. OBRIGATORIEDADE, COMPROMISSO E DISPENSABILIDADE DO TESTEMUNHO.....	28
2.2.1. Obrigatoriedade.....	29
2.2.2. Compromisso.....	31
2.2.3. Dispensabilidade.....	31
2.3. ORALIDADE.....	32
2.4. INQUIRIÇÃO.....	35
2.4.1. Inquirição por videoconferência.....	37
2.4.1.1. Proteção à testemunha.....	38
2.5. CONTRADITA E ARGUIÇÃO DE DEFEITO.....	38
2.6. ACAREAÇÃO.....	39
2.7. MOMENTO DE ARROLAR AS TESTEMUNHAS.....	41
2.8. LIMITES NUMÉRICOS DE TESTEMUNHAS.....	41
2.9. DESISTÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHAS.....	42
2.10. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS.....	43
3. FATORES CAPAZES DE INFLUENCIAR NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL	44
3.1. O CONHECIMENTO: FASES DE FORMAÇÃO.....	44
3.1.1. O CONHECIMENTO DO FATO.....	45
3.1.2. A CONSERVAÇÃO DO CONHECIMENTO.....	47
3.1.3. A DECLARAÇÃO DO CONHECIMENTO.....	49
3.2. FALSO TESTEMUNHO.....	51
4. A PROVA ORAL COMO ÚNICO ELEMENTO PROBATÓRIO	54
4.1. NOS DELITOS QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS.....	54
4.2. NOS DELITOS QUE DEIXAM VESTÍGIOS.....	56
4.3. QUANTIDADE DE TESTEMUNHOS QUANDO A COMPROVAÇÃO DOS FATOS ESTIVER RESTRITA A PROVA TESTEMUNHAL.....	58
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA	62

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade (artigo 93, IX). Exigência esta, que, em se tratando de direito processual penal, é ainda mais rigorosa, visto que se lida com um dos bens mais preciosos para as pessoas: a liberdade.

Em decorrência disto é que uma sentença processual penal (seja ela condenatória ou absolutória) não pode deixar de analisar, rigorosamente, o conjunto probatório que fora coligido.

Neste diapasão, faz-se extremamente necessário um estudo (profundo) acerca das provas, as quais, em âmbito geral, têm por objetivo reconstruir o acontecimento dos fatos, em tese, criminosos, para que o julgador possa formar seu “livre convencimento motivado”, e assim, atingir a (provável) certeza jurídica ao proferir a sentença.

Dentre as provas elencadas no Código de Processo Penal, não há dúvidas que a mais utilizada, é a testemunhal (disciplinada entre os artigos 202 e 205 do referido diploma legal), que será objeto de estudo deste trabalho.

Freqüentemente, os magistrados se deparam com situações um tanto complexas, nas quais a prova oral (seja através de declarações da vítima ou de testemunhas) é a única ou a principal carreada no decorrer do processo-crime capaz de embasar uma decisão.

Em casos como estes, ocorrem, via de regra, debates no meio jurídico, e por vezes, divergências jurisprudenciais acerca da valoração e credibilidade da referida prova, a qual é de grande valia, apesar de sofrer influências, como por exemplo, o decurso do tempo; os sentimentos de quem presta o depoimento em relação ao fato,

à vítima e/ou ao acusado, entre outros, que serão melhor analisados no decorrer do presente trabalho, que será composto por quatro capítulos, desenvolvidos do seguinte modo:

No primeiro deles serão realizadas abordagens acerca de aspectos históricos, conceito, classificação e princípios.

O segundo capítulo será composto por questões atinentes à prova testemunhal no Código de Processo Penal, com enfoque para a capacidade de testemunhar, oralidade, obrigatoriedade, compromisso e dispensabilidade do testemunho, bem como, inquirição e outras previsões legais.

Por sua vez, o capítulo três, será dedicado aos fatores capazes de influenciar na produção da prova, principalmente aquelas alusivas ao conhecimento, conservação e declaração do fato que se tem conhecimento, bem como breve análise sobre o falso testemunho, que, quando não intencional, geralmente é ocasionado pelos vícios no conhecimento.

Por fim, o capítulo quatro terá como destaque a importante questão da prova oral como único elemento probatório constante nos autos. Fazendo menção, ainda, aos delitos que deixam e aos que não deixam vestígios, e também, breves apontamentos em relação à quantidade e qualidade das declarações.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

A prova testemunhal, que, sem dúvidas é uma das provas jurídicas mais antigas e também das mais utilizadas, tem sua retrospectiva histórica analisada de forma geral pelos autores.

Segundo os ensinamentos de JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS, para os povos antigos, predominavam as provas místicas, que sujeitavam os acusados a processos cruéis, sendo chamados de “Juízo dos deuses” ou “ordália”.¹

Na antiguidade, uma das importantes fontes sobre a prova testemunhal é a Bíblia Sagrada. Livro este que em diversos momentos menciona a grande valia do testemunho nos casos que exigiam comprovação da prática de determinado ato criminoso.²

No entanto, havia a necessidade de ao menos duas testemunhas para a condenação de uma pessoa, conforme se observa da leitura dos livros de Números 35.30 e Deuteronômio 17.6-7.³

A preocupação com o falso testemunho também está presente na Bíblia em várias passagens, como por exemplo, nos dez mandamentos (Êxodo 20.16): “Não

¹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96. Ed. Juruá Curitiba: 1996. p. 27 e ss.

² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. Ed. Saraiva, 3 ed. atual. e ampl., São Paulo: 1995, p. 3/4.

³ A BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil, 2 ed. Barueri, São Paulo, 1999, p. 126 e p. 141, respectivamente.

dirás falso testemunho contra o teu próximo.”⁴, e no já citado livro de Êxodo 23.1: “Não espalharás notícias falsas, nem darás mão ao ímpio, para seres testemunha maldosa”.⁵

Consta, também, na Bíblia, que a penalidade para aquele que prestasse testemunho mentiroso seria a mesma do delito que ele imputara falsamente ao seu semelhante (Deuteronômio 19.15-21).⁶

Na Índia, o Código de Manu teve grande preocupação com a prova testemunhal, estabelecendo, entre outras transcrições, a importância de declarações verdadeiras, bem como da boa-fé daquele que prestaria o depoimento, o qual deveria pertencer a mesma classe social do acusado, além de apresentar restrições ao testemunho de mulheres, crianças, enfermos, ébrios, parentes, escravos, etc.⁷

De igual modo ocorria no direito romano, eis que a Lei das Doze Tábuas proibia que mulheres, prostitutas, crianças, escravos e delinqüentes fossem testemunhas. Ocorrendo ainda, maior valoração a prova escrita em relação a testemunhal.⁸

Na Grécia admitia-se a prova testemunhal, mas assim como ocorria em Roma, era vedado o testemunho das mulheres, escravos e crianças, os quais só poderiam testemunhar nos crimes contra a vida. Além disso, somente eram aceitas as testemunhas oculares, e também era admitido o testemunho coletivo.⁹

Outra obra clássica, a qual não se pode deixar de mencionar é a de CESARE BECCARIA¹⁰, que apresenta argumentos contrários aos que foram acima

⁴ *Idem. Ibidem.* p. 54.

⁵ *Id. Ibidem.* p. 56.

⁶ *Id. Ibidem.* p. 142.

⁷ Disponível em: <http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>. Acessado em 30 de maio de 2011.

⁸ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 6/7.

⁹ *Idem. Ibidem.* p. 7.

¹⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Ed. RT. São Paulo: 1999.

expostos e avançados para a época, criticando a impossibilidade de servirem de testemunhas crianças, mulheres e condenados.

Deste modo, observa-se que a prova testemunhal está presente na história desde os povos mais antigos, permanecendo até os dias atuais e sendo um dos meios de provas mais usuais no processo penal, mesmo ante a sua fragilidade.

1.2. CONCEITO

Feitos os principais apontamentos sobre o histórico, passa-se a análise do conceito de prova testemunhal.

Em linhas gerais, prova é o meio através do qual se busca estabelecer a verdade, demonstrando a certeza do que fora alegado.¹¹

No sentido jurídico da palavra, como sustenta AQUINO, o termo prova deriva do latim “*probatio, probationis*, que vem de *probus*, significando bom, correto, honrado”.¹²

Ainda neste sentido, tem-se que a expressão prova “vem do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, a denominação, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta”.¹³

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*: volume 1. Ed. Saraiva, 13 ed. rev., e atual., São Paulo: 2010. p. 506.

¹² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. op. cit. p. 7.

¹³ SILVIA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Ed. Forense, 13ª ed., Rio de Janeiro: 1997. p. 565.

Noutra conotação, AURY LOPES JUNIOR nos ensina que as provas são os meios pelos quais se busca proporcionar o conhecimento do julgador através da reconstrução do crime:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (...) Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e, seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado.¹⁴

Neste mesmo diapasão, encontramos a doutrina de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, afirmando que “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”¹⁵

Assim, as provas são os elementos que fazem com que o passado se torne “presente”, possibilitando que o julgador forme sua convicção e profira a sentença baseada nelas.

Tratando-se especificamente da prova testemunhal, é fundamental trazer os ensinamentos doutrinários sobre o testemunho.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 1, 7 ed. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2011. p. 517.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Editora Lúmen Júris, 12 ed., Rio de Janeiro: 2009. p. 317.

Para CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, testemunha é o indivíduo que é chamado para depor sobre a existência de um fato por ele presenciado¹⁶, sendo este, também, o entendimento de AQUINO. Vejamos:

A palavra “testemunha” vem de *testibus*, que significa dar fé da veracidade de um fato. (...) testemunha é toda “pessoa que assiste a determinado fato contestado, ou dele tem conhecimento, e é chamada a juízo a fim de depor desinteressadamente sobre o que souber a seu respeito”; (...) testemunha também é aquele indivíduo que, “reconhecidamente idôneo e previamente convocado, se acha presente à conclusão do ato jurídico, para cuja autenticidade e formalidades extrínsecas concorre com a sua assinatura”.¹⁷

Portanto, a prova testemunhal consiste no esclarecimento prestado por pessoas convocadas a comparecer em juízo e que tenham conhecimento de algo juridicamente relevante sobre a prática de um fato, em tese, delituoso, ou ainda para esclarecer sobre os hábitos do infrator e/ou da vítima, agindo sempre sobre o compromisso de dizer a verdade e de ser imparcial.

1.3. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

Em relação à classificação das provas, constata-se que está relacionada com o meio empregado para a sua produção. Entre algumas correntes doutrinárias, os autores AQUINO¹⁸ e MOACYR AMARAL SANTOS¹⁹ serão referências para as explanações feitas a seguir, utilizam-se de três elementos para classificá-la: o objeto, o sujeito e o meio de prova (para AQUINO) ou a forma (para SANTOS).

O objeto da prova testemunhal é o fato de provar, podendo ser de maneira direta ou indireta (para AURY LOPES JUNIOR, esta classificação é um desacerto,

¹⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Ed. Bookseller, tradução da 3 ed., São Paulo: 1997. p. 232.

¹⁷ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 13.

¹⁸ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 09/12.

¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Ed. Saraiva, São Paulo: 1990.

pois todas as provas produzidas são indiretas²⁰). Será direta quando for se tratar a respeito do próprio fato a que pretende ser provado. Será indireta, por sua vez, quando não se referir ao fato probando, mas sim a outro, pelo qual, através do raciocínio, se possa chegar àquela prova, são as chamadas presunções e indícios.

O segundo elemento refere-se ao sujeito, que é a pessoa física que transmite o seu conhecimento, podendo ser ele pessoal (toda afirmação feita conscientemente pela testemunha) ou real (quando a prova emerge do próprio fato, como por exemplo, a exibição de uma arma).

No que tange a forma ou o meio de prova – elemento pelo qual se adquire o conhecimento do objeto da prova –, a prova pode ser testemunhal, documental e material.

Em sentido amplo, a prova testemunhal são as afirmações orais, ou seja, os depoimentos realizados pelas testemunhas, as declarações da vítima e o interrogatório; prova documental é a afirmação feita de forma escrita/impressa (ex. escrituras públicas, plantas, fotografias, etc.); já as provas materiais consistem em qualquer materialidade capaz de servir de prova do fato (ex. objetos apreendidos, exames periciais, etc.).

Há, também, a distinção feita por EUGENIO FLORIAN²¹ *apud* AQUINO, entre meios de prova primários (testemunhas e perícias) e secundários (como, por exemplo, a reconstituição do crime presidida pelo próprio magistrado).

Há, ainda, no atual sistema processual brasileiro, uma classificação das testemunhas.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit. p. 518.

²¹ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Pietro Castro, Barcelona, Bosch, p. 343.

Segundo FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO²², as testemunhas podem ser classificadas em: diretas ou presenciais (aquelas que depõem sobre o fato que assistiu); indiretas (aquelas que depõem sobre o fato do qual ouviu alguém falar, também chamada de testemunha “de ouvir dizer”); próprias (aquelas que depõem sobre os fatos que são o objeto do processo); impróprias (aquelas que depõem sobre um fato ou circunstância alheia ao fato que é o objeto do processo, mas que a ele se liga por uma relação bem próxima); referidas (aquelas que são indicadas no depoimento de outra testemunha, vítima ou acusado²³); informantes (são aquelas que não prestam compromisso de dizer a verdade, como no caso de parentes, amigos íntimos, inimigos capitais); numerárias (aquelas que são arroladas pelas partes e são compromissadas); as extranumerárias (aquelas que são ouvidas por iniciativa do juiz²⁴), citadas por FERNANDO CAPEZ²⁵; as abonatórias (que são aquelas que não presenciaram o fato e nada sabem diretamente sobre ele, servindo para abonar a conduta do réu, e, tendo o seu depoimento relevância na avaliação das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal), citadas por LOPES JUNIOR²⁶; e por fim, citada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI²⁷, a testemunha instrumentária (ou *fedatária*, que é aquela presente na leitura do auto de prisão em flagrante na presença do acusado, assinando em seu lugar quando ele não quiser, não puder ou não souber fazê-lo).

Diante disto, a prova testemunhal pode ser considerada um meio de prova direto ou indireto, pessoal, e primário.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit. p. 628/629.

²³ Art. 209, § 1.º, CPP. “Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas que as testemunhas se referirem”.

²⁴ Art. 209, *caput*, CPP. “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. Ed. Saraiva, 7 ed., São Paulo: 2001. p. 286.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit. p. 654.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002. p. 455.

Por fim, não se pode deixar de mencionar, o apontamento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES²⁸, citado por LOPES JUNIOR, sobre as características do testemunho que extraídas da sistemática do Código de Processo Penal. São elas: a oralidade, a objetividade e a retrospectividade, as quais serão analisadas no transcurso do presente trabalho.

1.4. PRINCÍPIOS ACERCA DA PROVA

Na concepção de CRISTINA DI GESU, com os princípios, busca-se, não apenas o desaparecimento das lacunas de lei ou a simples regulação de um caso concreto. Vai além disso, pois os princípios permitem o ponderamento de interesses e valores numa situação conflituosa com outro princípio. Ademais, através da “principiologia da prova almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado e de origem inquisitorial como o do Código de Processo Penal brasileiro.”²⁹

Seguindo a classificação feita por LOPES JUNIOR³⁰ *apud* CRISTINA DI GESU, cinco são os princípios que regem a matéria probatória: jurisdição, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e livre convencimento motivado.

²⁸ SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. Ed. RT, São Paulo: 1999.

²⁹ GESU, Cristina Di. *Prova Penal & Falsas Memórias*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010. p. 35/36.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit. p. 527 e ss.

1.4.1. Jurisdição

A jurisdição, principal garantia processual, etimologicamente, vem do latim *iuris dictio-onis*, que significa dicção do direito, derivando da locução *dicere ius*, ou seja, dizer o direito.

Segundo LUIGI FERRAJOLI³¹, citado por CRISTINA DI GESU, a jurisdição pode ser estudada sob duas perspectivas: em sentido lato e em sentido estrito. Vejamos os ensinamentos do doutrinador:

A jurisdição, em sentido lato, se expressa pelos brocardos *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*, o que significa dizer que não há imposição de pena sem o devido processo legal, eis que o Estado é o único detentor do *ius puniendi*.

O princípio da jurisdicionalidade, em sentido estrito, refere-se aos procedimentos e as garantias de que dependem a cognição ou o caráter declaratório do juízo, formada pelo conjunto de três teses, as quais formam as garantias processuais primárias: *nullum iudicium sine accusatione* (formação de acusação e a efetiva contradição); *nulla accusatio sine probatione* (a prova a cargo do órgão acusador) e *nulla probatio sine defensione* (o direito de defesa).³²

Aquiesce-se a estas garantias primárias quatro outras garantias, chamadas por FERRAJOLI de secundárias. São elas: publicidade (que permite o controle interno e o externo de toda a atividade processual); oralidade (compreende a imediação e concentração da instrução probatória); legalidade (referente ao seguimento de um rito previamente estabelecido para todas as atividades judiciais,

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997. p. 539.

³² *Idem. Ibidem*. p. 539.

sob pena de nulidade) e a motivação (para que seja assegurada a fundamentação, de acordo com as provas e contraprovas, da hipótese acusatória).

Ressalte-se, que “a garantia da jurisdição significa muito mais que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição”.³³

Neste ponto, é importante fazer alusão às garantias do juiz e as garantias do juízo. Segundo FERRAJOLI, as garantias relativas à formação do juiz e sua posição institucional aos demais poderes do Estado e a outros sujeitos do processo, são chamadas de garantias orgânicas da magistratura: independência, imparcialidade, responsabilidade, juiz natural, entre outras. As garantias do juízo, por sua vez, são denominadas de processuais, pois se referem à produção da prova, ao desenvolvimento da defesa e formação de uma acusação certa, determinada e suficiente para formar a convicção do órgão judicial.

1.4.2. Presunção de inocência

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Para CRISTINA DI GESU, o princípio da presunção de inocência, quanto à questão probatória, é visto como regra processual, pois o acusado não é obrigado a fornecer prova de sua inocência, a qual é presumida, havendo em caso de dúvida, a absolvição (*in dubio pro reo*).

De acordo com o sistema acusatório, a garantia da presunção de inocência transfere inteiramente o ônus da prova ao órgão acusador, ou seja, o acusado não

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.* p. 109 e ss.

tem o dever de provar nada, podendo valer-se do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), garantido constitucionalmente (artigo 5º, LXIII, Constituição Federal). Entretanto, é preciso que o réu possa contradizer a prova produzida contra si, produzindo, se quiser, provas a seu favor, com o condão de minimizar os riscos de uma sentença desfavorável, exercendo, assim, os princípios do contraditório e ampla defesa.

1.4.3. Contraditório e ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais previstas no artigo 5º, LV, da Constituição Federal³⁴, e que se relacionam entre si, sendo fundamentais para a validade do processo, sob pena de nulidade absoluta quando resultar em prejuízo para o réu.

O contraditório garante as partes que o juízo cumpra com o dever de dar a informação, o conhecimento dos atos processuais praticados, e também, a efetiva participação no processo, através do direito de resposta, pois, não existindo a possibilidade de o contraditório se realizar, não há processo.³⁵ Deste modo, o contraditório possibilita a reconstrução da história do delito levando em consideração as suas versões, da acusação e da defesa.

A ampla defesa, por sua vez, vai além do contraditório – que não pode ir além da garantia de participação –, garantindo a participação de defesa técnica, ou seja, a participação do defensor em todos os momentos do processo.³⁶

³⁴ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Ed. Bookseller, Campinas: 2006, citado por GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 46/47.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.* p. 39/42.

1.4.4. Livre convencimento motivado ou persuasão racional

As provas desempenham no processo a importante função de reconstruir a realidade fática ocorrida, que “deverá ser a expressão da verdade judicial”³⁷. De tal modo, também é de suma importância a valoração das provas e o modo como elas são avaliadas. Surgindo, então, a preocupação com o subjetivismo do julgador e com eventuais arbitrariedades que ele possa cometer, por isto, a estima dos sistemas de valoração da prova.

Antigamente, no sistema da íntima convicção, o juiz tinha a ampla liberdade de decidir, pois não era obrigado a motivar a decisão que tomava, decidindo conforme o seu foro íntimo.

Nos dias atuais, ainda vige este sistema no procedimento do Tribunal do Júri, vez que os jurados não precisam fundamentar as razões de sua decisão de absolver ou não o acusado.

De outro lado estava o sistema da prova legal ou tarifada, extremamente positivista, que estipulava previamente o valor de cada elemento de prova, sem observar cada caso, o que restringia a atuação do magistrado, que ficava limitado a analisar o contexto probatório e atribuir os valores estipulados por lei.

No sistema da persuasão racional (adotado no Brasil, salvo no procedimento do Tribunal do Júri, como anteriormente mencionado), “o julgador deixou de ter uma participação meramente instrumental para, finalmente, ser o sujeito responsável pela valoração da prova e conseqüente tomada da decisão”.³⁸

³⁷ *Idem. Ibidem.* p. 328/329.

³⁸ GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 53.

Por este sistema, há a garantia da liberdade de apreciação das provas pelo juiz (prevista no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal³⁹), desde que de forma vinculada ao conjunto probatório carreado nos autos, além da obrigação de fundamentar a sua decisão (não somente nas sentenças e acórdãos, mas também nas decisões interlocutórias; decretação de prisão preventiva, temporária; busca e apreensão, etc.), conforme o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.⁴⁰

No entanto, apesar de em vários dispositivos do Código de Processo Penal (como por exemplo, os artigos 182, 184 e 200) haver menção a liberdade de apreciação da prova pelo magistrado, o entendimento de LOPES JUNIOR⁴¹ é de que o livre convencimento não é tão livre quando parece, sendo, na verdade, muito mais limitado do que livre. Trata-se, portanto, de uma exigência expressa, conforme se observa da leitura do artigo 381, III, do Código de Processo Penal: “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Destarte, a apreciação do conjunto probatório deve ser feita de forma cautelosa, imparcial e neutra, o que significa dizer que o juiz não deverá trazer consigo cargas emocionais advindas de outras experiências por ele vividas e que sejam capazes de influenciar na motivação que fará no julgamento, vez que, é através da fundamentação das decisões proferidas por ele que partes têm conhecimento das razões pelas quais tal decisão foi tomada (garantindo a efetivação do contraditório e ampla defesa, e possibilitando, por exemplo, a melhor interposição de recurso).

³⁹ Art. 155, CPP. “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”.

⁴⁰ “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.* p. 536.

2. DA PROVA TESTEMUNHAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

2.1. CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR

No processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, “toda pessoa poderá ser testemunha”, conforme se observa da leitura do Código de Processo Penal, em seu artigo 202, que estabelece de maneira geral a capacidade de testemunhar.

Não há mais no ordenamento jurídico as proibições que existiam antigamente em relação aos testemunhos de mulheres, escravos, crianças, pessoas consideradas de má índole, etc. como já citado anteriormente.

Para AQUINO⁴², o testemunho só é um ato devido para pessoas que tenham capacidade de perceber ou deduzir os acontecimentos, conservá-los e transmiti-los, pessoas estas que antes de pronunciarem-se sobre o fato juridicamente relevante sobre o qual tem conhecimento, assumem o compromisso de dizer a verdade.

Contudo, apesar da aparente conotação amplitude dada pelo legislador, nem toda pessoa (natural, obviamente) tem capacidade para testemunhar, havendo limitações legais descritas nos artigos 207 e 208 do Código de Processo Penal:

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais, e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

⁴² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 69/70.

Em relação ao disposto no artigo 207 do referido diploma legal, tutela-se o sigilo profissional, reforçado pela proibição de determinados profissionais (como psiquiatras, psicólogos, padres, etc.) depor sobre fatos que envolvam seus “clientes/pacientes” e que lhe foram confidenciais no exercício de suas funções, salvo se desobrigados expressamente pela parte interessada, quando então, são obrigados a depor, como qualquer outra testemunha. Caso estes profissionais sejam arrolados como testemunhas da própria parte interessada, a autorização para depor é tácita.

No que tange ao advogado ser proibido de depor sobre o que teve conhecimento em razão da sua profissão, nem mesmo quando desobrigado pelo interessado poderá depor, conforme determina o artigo 26 do Código de Ética e Disciplina da OAB.⁴³ De igual forma, como adverte NUCCI⁴⁴, estão proibidos de depor em outro processo sobre fatos que tiveram conhecimento em razão do exercício da função, os juizes e promotores.

O artigo 208 do Código de Processo Penal, por sua vez, alude que não prestam o compromisso definido no artigo 203 do mesmo diploma legal (que adiante será melhor elucidado) “os doentes e deficientes mentais, os menores de 14 (quatorze) anos, nem o ascendente ou o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado” (artigo 206 do Código de Processo Penal), sendo portanto, testemunhas informantes.

Para AQUINO, a exceção de prestar o compromisso divide-se em duas: a incapacidade natural (no caso dos doentes e deficientes mentais, e menores de 14

⁴³ Art. 26. “O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.”

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p 460 e ss.

anos) e incapacidade legal (no caso das pessoas elencadas no artigo 206 do Código de Processo Penal). Naquele caso, a incapacidade (natural) se funda no fato de que as pessoas inseridas nesta categoria não têm condições de compreender a importância da prestação do compromisso. Neste caso (de incapacidade legal), há a privação de determinadas pessoas prestarem o compromisso em razão de circunstâncias pessoais, eis que seriam interessadas no deslinde do feito. Assim como no caso das vítimas, que também deixam de prestar compromisso.⁴⁵

Superadas as limitações legais acima explanadas, ressaltando (e retornando) a generalidade legislativa do Código de Processo Penal quanto à capacidade de testemunhar, argumenta TOURINHO FILHO que isto se dá em virtude de que:

(...) qualquer pessoa física, independentemente de idade, sexo ou nacionalidade, pode ser testemunha. Não importam as imperfeições físicas, às vezes, até os estados contingentes de inconsciência. Não levam em conta o estado social e a condição econômica da pessoa, bem como sua reputação ou fama. **Na verdade quem pode impedir que uma criança, um travesti, uma horizontal, um proxeneta possam assistir a uma cena delituosa? Ninguém sabe onde e a que horas o crime vai eclodir.** Tanto pode ser nas vias públicas, nos palácios, como nas zonas silenciosas da cidade. Por isso nenhuma restrição quanto à capacidade de depor. (...) ⁴⁶
(grifei)

Tendo isto em vista, passa-se a breve análise de testemunhos que, do ponto de vista de alguns doutrinadores, devem ser analisados e valorados com maior zelo.

⁴⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 71/76.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 628.

2.1.1. Depoimento infantil

Atualmente, não há mais a proibição de que crianças sejam testemunhas, eis que elas, assim como qualquer pessoa, não estão escapadas de presenciarem um acontecimento criminoso, portanto, podem prestar depoimento, embora não estejam sujeitas ao compromisso legal.

Todavia, é sabido que há diversos fatores que podem influenciar no depoimento de uma criança (não que os adultos estejam livres de influências), devido à “carência de solidez intelectual” e também a fase da vida em que se encontram, elas podem inventar, fantasiar, decorar, serem sugestionadas, etc., assim como podem simplesmente falar a verdade.⁴⁷

Como bem explana TOURINHO FILHO:

(...) Já se disse que cada idade tem os seus prazeres, seus costumes, seus hábitos. Não se pode exigir de uma criança a maturidade de um adulto. Pode inventar, pode criar, pode querer transformar-se no centro das atenções, pode fantasiar. Se mentir, não o faz por perversidade, por maldade. Aí, das duas uma: ou foi instruída por alguém ou, então, seu depoimento, se não coincidir com as demais provas colhidas, pode ser fruto da sua imaginação ou do seu total desinteresse por fatos que não integram seu pequeno-grande mundo.⁴⁸

A doutrina é unânime ao afirmar que o depoimento infantil não pode ser totalmente desprezado, pois pode ser uma prova que venha a ser corroborada por outras, mostrando-se crível.

De igual maneira é o entendimento de JULIO FABBRINI MIRABETE ao afirmar que:

⁴⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Ed. Aide, Rio de Janeiro: 1994. p.63/64.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 637.

(...) Não se pode afastar de plano o depoimento de qualquer pessoa unicamente por seu estado social, idade, profissão, ocupação, etc. Há que se atentar, porém, para algumas particularidades. O depoimento *infantil* deve merecer valor probatório quando a criança relata fato de simples percepção visual e de fácil percepção, porque em regra, se presume a pureza do menor, o que lhe concede credibilidade.⁴⁹

Assim sendo, é certo que o depoimento das crianças não pode ser completamente desvalorizado, entretanto, deve ser avaliado com cautela e, caso haja, de acordo com as demais provas colacionadas nos autos.

2.1.2. Depoimento de Policiais

O valor probatório dos testemunhos de policiais tem suscitado polêmica nos Tribunais.

Na concepção de TOURINHO FILHO, muitas vezes os agentes policiais são incumbidos de realizar diligências e, para demonstrar que cumpriram corretamente a missão que lhes foi dada, de acordo com o seu caráter, acabam por faltar com a verdade, principalmente se o investigado não tiver boa fama.⁵⁰ E, para corroborar o seu entendimento, cita a decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“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 da polícia” (ACrim 135.747, *apud* Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, p. 128).

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. Ed. Atlas, 11 ed., São Paulo: 2003. p. 555.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 637/638.

Já no entendimento de NUCCI, os policiais que participaram do inquérito policial podem ser arrolados como testemunhas, apesar de seu depoimento ter valor limitado, mas para ele, o “ideal seria prestar declarações acerca de fatos relevantes da investigação, algo que tenha, diretamente, diligenciado ou presenciado, provas colhidas com peculiar interesse”.⁵¹

Nesta mesma linha de raciocínio, vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento.⁵²

Como servidores públicos que são, os agentes policiais têm, no exercício de suas funções, a presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente, não estando impedidos de depor sobre os atos de ofício de cuja fase policial tenham participado.⁵³

De tal modo, apesar das críticas expendidas acerca do tema, os depoimentos de policiais, desde que verossímeis, coerentes e corroborados com as demais provas carreadas merecem credibilidade e podem servir de base à decisão.

2.1.3. Depoimento do menor inimputável comparsa do réu

O menor de 18 (dezoito) anos, conforme cita o artigo 27 do Código Penal, é penalmente irresponsável, mas isto não impede que ele associe-se a um

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p. 546/548.

⁵² Supremo Tribunal Federal. HC 76.557-RJ, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 04.08.1998.

⁵³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 287.216-3, São José do Rio Preto, 3.^a C. de Janeiro de 200, v.u., *JUBI* 49/00.

penalmente imputável para a prática de uma infração penal, “é o que se chama de concurso impropriamente dito ou pseudoconcurso de agentes”.⁵⁴

Nesta hipótese, entende NUCCI, que o menor deverá ser arrolado normalmente como testemunha (eis que não pode ser considerado parte na relação processual estabelecida, podendo, se for o caso, responder por sua conduta na Vara da Infância e Juventude), tendo o dever de dizer a verdade, se for maior de 14 (quatorze) anos, vez que está compromissado, ou, caso tenha menos de 14 (quatorze) anos de idade, será ouvido como informante.

2.1.4. Depoimento da vítima

“O ofendido não integra o rol de testemunhas de acusação, por não poder ser considerado, rigorosamente, testemunha. Em conseqüência, não tem o compromisso de dizer a verdade”.⁵⁵ Contudo, não se pode negar que o depoimento da vítima é um meio de prova, por isto, deve ser sempre realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Como afirma OLIVEIRA, a vítima da infração penal, somente por este fato já sofre efeitos suficientemente danosos, e merece tratamento diferenciado daquele reservado às testemunhas. Entretanto, não se pode ignorar o fato de que, em muitas oportunidades, é a palavra do ofendido que traz à tona a prática de um crime e conseqüentemente o início da persecução penal, o que também gera danos ao acusado da prática delituosa. Por isto, tem a vítima o dever de depor, sempre que intimada, pois, ao final, poderá ser apurada a sua responsabilidade penal por

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p. 548.

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.* p. 413.

denúncia caluniosa, ante a falsa imputação de crime, conforme o artigo 339 do Código Penal.⁵⁶

Para ilustrar, tem-se um polêmico caso que recentemente ganhou destaque nos tablóides internacionais: o ex-diretor do Fundo Monetário Internacional, Dominique Strauss-Kahn foi acusado de estupro por Nafissatou Diallo, uma camareira do hotel onde estava hospedado em Nova York. Esta grave acusação fez com que em pouco tempo Strauss-Kahn fosse preso, o que maculou mundialmente sua imagem, fazendo com que ele renunciasse seu cargo de diretor-geral do FMI e possivelmente deixasse de candidatar-se à presidência da França.⁵⁷ No entanto, o caso teve uma reviravolta, que se deu em virtude da descoberta de mentiras, omissões, possível envolvimento da camareira Nafissatou Diallo com tráfico de drogas, ligações com presidiário, onde conversaram sobre como lucrar com a “denúncia”, depósitos em sua conta bancária, entre outros fatores que derrubaram a credibilidade do seu (conflitante) depoimento. Ante todos estes fatos, a prisão domiciliar de Dominique Strauss-Kahn foi suspensa no mês de julho do presente ano, mediante paga de fiança de US\$ 1 milhão e US\$ 5 milhões em caução.⁵⁸ No mês de agosto as acusações contra ele foram retiradas pela Promotoria de Nova York o processo foi arquivado. Recentemente, em 18 de setembro deste ano, em entrevista à TV francesa, afirmou que a relação que manteve com Nafissatou Diallo foi “mais que uma relação inapropriada, foi um erro”, mas que “não envolveu violência, constrangimento ou agressão”, mas de qualquer modo, foi uma “falta moral da qual ele se arrepende para o resto da vida”.⁵⁹

⁵⁶ *Idem. Ibidem.*

⁵⁷ REVISTA VEJA. Editora Abril. Ed. 2224, ano 44, nº. 27 de 6 de julho de 2011.

⁵⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/937678-camareira-mentiu-sobre-detalhes-da-acusacao-contra-strauss-kahn.shtml>. Acesso em 03 de julho de 2011.

⁵⁹ Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/09/110918_strauss_entrevista_rp.shtml. Acesso em 19 de setembro de 2011.

Em casos como este, a palavra da vítima – que geralmente é a única – é de importância extraordinária, vez que é através dela que se tem conhecimento dos fatos, mas, não é por isto que deve se deixar de analisá-la rigorosamente e de acordo com demais elementos, pois, conforme se observa do caso de Dominique Strauss-Kahn, se a palavra da vítima fosse analisada de forma isolada, certamente o desfecho do caso seria diferente do que foi.

Assim, tem-se que a palavra da vítima (ainda que criança) não pode ser sempre aceita como expressão da verdade, tampouco pode ser ignorada e não valorada⁶⁰, ao contrário, deverá ser analisada em conjunto as demais provas, caso não seja a única do processo-crime, assunto este que será retomado no capítulo 4.

2.2. OBRIGATORIEDADE, COMPROMISSO E DISPENSABILIDADE DO TESTEMUNHO

Se por um lado existe o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional, conforme expõe NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA⁶¹, por outro existe um dever cívico do cidadão em ser testemunha, comparecendo em juízo e contribuindo com o conhecimento (veraz) que tem sobre determinados fatos.

Não obstante a previsão legal de exceções ao dever de depor, que já foram explicitadas, há também, a obrigatoriedade, o compromisso e dispensabilidade das testemunhas.

⁶⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. *op. cit.* p. 57/59.

⁶¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Ed. Bookseller, Campinas: 2001, p. 343 e ss.

2.2.1. Obrigatoriedade

O artigo 206 de Código de Processo Penal, em sua primeira parte, assevera que “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”, o que significa, para TOURINHO FILHO⁶², que toda pessoa que tem capacidade para ser testemunha e sendo intimada para tal, tem o dever jurídico de fazê-lo, pois se não o fizer, fica sujeita as sanções previstas nos artigos 218 e 219 do Código de Processo Penal:

Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Poderá incorrer nas mesmas sanções a testemunha que comparecer em juízo, mas negar-se a depois, pois o silêncio equivale ao não comparecimento.⁶³

Com isto, o juiz tem nas mãos o poder de coerção, evitando que a testemunha deixe de comparecer em juízo para informar o que sabe sobre os fatos investigados, podendo, inclusive, utilizar-se da força pública.

Todavia, há em nosso ordenamento jurídico exceções ao dever de comparecimento.

A primeira delas, prevista no artigo 220 do Código de Processo Penal, diz que “as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem”, caso em que o magistrado (deverá) deslocar-se e inquiri-las onde estiverem.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 640/641.

⁶³ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 82.

A segunda exceção se dá em razão de pessoas que ocupam os cargos públicos cujo rol está no artigo 221 do Código de Processo Penal (lembrando que, como já visto anteriormente, é facultada aos ocupantes destes cargos a possibilidade de prestar o depoimento por escrito, conforme o §1º do referido artigo).

Vale acrescentar, também, que as testemunhas que residem em local diverso daquele que o processo está tramitando, serão intimadas, através de carta precatória (ou rogatória, quando imprescindíveis, conforme o artigo 222-A, do Código de Processo Penal), e ouvidas pelo juiz do lugar onde residem (artigo 222 do mesmo diploma legal).

Diante disto, tem-se que, em regra, todos têm o dever de depor, emanando daí, conseqüentemente, o dever de dizer a verdade, conforme imposição da lei, que também prevê exceções, nas quais este dever não será exigido, como ocorre na parte final do artigo 206 do Código de Processo Penal.

2.2.2. Compromisso

O artigo 203 do Código de Processo Penal menciona que a testemunha fará a promessa de dizer a verdade, sob palavra de honra, ou seja, comprometer-se-á a dizer o que sabe sobre os fatos que lhe forem indagados, sempre explicando como e em quais circunstâncias teve conhecimento do que está relatando, para que possa ser avaliada a sua credibilidade.

No entanto, como menciona OLIVEIRA, “ainda que o juiz da causa tenha se esquecido de tomar o compromisso da testemunha, ela não estará dispensada ou desobrigada do dever de dizer a verdade”.⁶⁴

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *op. cit.* p. 397.

Portanto, a testemunha está sempre compromissada a dizer a verdade, sob pena do cometimento do delito previsto no artigo 342 do Código Penal (adiante o crime de falso testemunho será objeto de estudo), o qual não considera como elementar ao tipo penal o compromisso (ou juramento) por ela prestada.

Por fim, é importante aludir que não significa, necessariamente, que a testemunha compromissada nos termos do artigo 203 do Código de Processo Penal sempre agirá com sinceridade e dirá tudo aquilo que sabe sobre o ocorrido, e que as testemunhas descompromissadas, por sua vez, sempre faltarão com a verdade⁶⁵. Tampouco, deve-se afirmar que somente o depoimento da testemunha que prestou o compromisso deve ser apreciado ou ter maior valoração em relação ao depoimento daquelas que não o prestaram (como por exemplo, crianças, parentes, vítimas), até mesmo porque a prova testemunhal (sempre que possível) deve ser correlacionada com as demais existentes nos autos.

2.2.3. Dispensabilidade

Conquanto exista a regra geral da obrigatoriedade de testemunhar, como já mencionado, há também, exceções a este dever, contidas na segunda parte do artigo 206, artigo 207 e artigo 208, todos do Código de Processo Penal.

Em relação aos artigos 207 e 208 do referido diploma legal, aquele se trata de proibição, não apenas de dispensabilidade do testemunho, enquanto este aborda pessoas que não tem o dever de prestar o compromisso, como já fora explanado no item 2.1, relativo à capacidade de testemunhar, motivo pelo qual não serão (novamente) objetos de estudo neste capítulo.

⁶⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *op. cit.* p. 321.

As exceções contidas na segunda parte do artigo 206 do Código de Processo Penal fazem referência à “ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão é o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado”, sendo, portanto, fundadas nas relações de parentesco, seja ele sangüíneo ou por afinidade, evitando colocar estas pessoas (e também as elencadas no artigo 207 do CPP), como diz a “expressão popular, “entre a cruz e a espada”. Mentir em benefício do réu, em detrimento da justiça, ou, vice-versa, falar a verdade em prejuízo daquele, em detrimento dos princípios de solidariedade familiar e do dever que impõe calar”.⁶⁶

Destarte, vale mencionar que os familiares poderão recusar-se a depor, contudo, não estão impedidos de fazê-lo. Tampouco significando que se o fizerem seu depoimento será mentiroso ou não terá valia, eis que há situações (como será estudado adiante) em que este testemunho poderá ser o único (como por exemplo, nos crimes ocorridos dentro das residências), situação esta em que o familiar será obrigado a depor, como dispõe a parte final do artigo 206 do Código de Processo Penal.

2.3. ORALIDADE

Conforme a legislação pátria “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito” (artigo 204, *caput*, CPP). Está permitida, entretanto, principalmente em casos mais complexos, a breve consulta a apontamentos (parágrafo único, artigo 204, CPP).

⁶⁶ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 88.

Constitui uma exceção à regra o previsto no § 1º do artigo 221 do Código de Processo Penal⁶⁷, que permite que o depoimento seja prestado por escrito pelas pessoas ali enumeradas, contudo, esta prática é desaconselhável, pois aceitando tal prática, violam-se os princípios da jurisdição e do contraditório, ante a impossibilidade de participação das partes na sua produção.⁶⁸

Outra exceção à regra, que é explicitada por AQUINO⁶⁹ diz respeito às pessoas mudas, surdas ou surdas-mudas, conforme o parágrafo único do artigo 223 do Código de Processo Penal, que faz menção ao disposto no artigo 192 do referido diploma legal:

Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:
 I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;
 II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;
 III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.
 Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Registre-se que a regra da oralidade vale até mesmo para a testemunha que não tenha conhecimento da língua nacional, sendo que neste caso lhe é concedido um intérprete (artigo 223, *caput*, CPP).

Ademais, a regra da oralidade adotada pela legislação pátria é de fundamental importância, pois permite ao magistrado uma melhor análise do que

⁶⁷ Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela **prestação de depoimento por escrito**, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (grifei)

⁶⁸ Entendimento de LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.* p. 655 e de NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p. 480.

⁶⁹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 61/65.

está sendo dito pela testemunha (dentro do contexto, sendo possível, também, a verificação de suas expressões faciais, corporais, etc.), o que conseqüentemente gera uma melhor análise do caso concreto, bem como melhor valoração da referida prova e mais segurança ao processo, diferentemente do que ocorreria se fosse facultada a produção da prova testemunhal de forma escrita, o que, na visão de AQUINO, causaria graves riscos ao processo, eis que a escrita possibilita vários meios de dissimulação por quem escreve, além de diversas formas de interpretação ao leitor.

Contudo, de nada adianta as “vantagens” da oralidade da prova testemunhal, se o que for dito pela testemunha em seu depoimento não for reproduzido de maneira correta. Está preocupação está presente no artigo 215 do Código de Processo Penal: “na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente suas frases”.

Além disto, estão atreladas a questão da oralidade, a objetividade – que veda a manifestação de opiniões pessoais da testemunha, salvo se inseparável da narrativa do fato, conforme dita o artigo 213 do Código de Processo Penal. Sendo, ainda, elementar que o juiz informe que ela se atenha ao fato – e a retrospectividade, eis que a testemunha narra hoje fatos presenciados no passado, os quais estão sujeitos às contaminações que podem influenciar no depoimento, e conseqüentemente, na produção da prova, sendo este o objeto de análise do capítulo 4.

Diante do exposto, percebe-se que a oralidade do testemunho, assim como sua fiel reprodução, é de vital importância para a formação convicção do julgador, vez que a prova não é construída apenas com a narração dos fatos, mas também

pelo comportamento da testemunha e por todas as outras circunstâncias presentes na ocasião da inquirição.

2.4. INQUIRIÇÃO

Antes da reforma processual penal ocorrida em 2008, o sistema adotado era o presidencialista. Por este sistema (com resquícios inquisitoriais), o juiz era o primeiro a inquirir a testemunha e somente após, é que as partes poderiam inquiri-la, de forma suplementar, e sob o intermédio dele (juiz), ou seja, primeiramente as testemunhas de acusação eram inquiridas diretamente pelo juiz, depois pelo órgão acusador, o qual, obrigatoriamente, direcionava suas perguntas ao magistrado para que ele as reformulasse e redirecionasse a testemunha e, por fim era “passada a vez” à defesa, que agia de igual maneira, direcionando as perguntas ao juiz, que a repetira à testemunha para que somente este momento ela pudesse responder, sendo depois, repetido o mesmo procedimento, porém, na ordem inversa, com as testemunhas de defesa.

Com a modificação trazida pela Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008, deixou-se de lado o sistema presidencialista e passou-se a (adaptação) e utilização das regras do sistema acusatório (chamado por TOURINHO FILHO de *direct examination*⁷⁰), através do qual as partes questionam diretamente a testemunha, podendo o juiz questiona-las de forma complementar.

Vejamos, respectivamente, a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal quando da utilização do sistema presidencialista e a atual redação, de acordo com o sistema acusatório:

⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 651.

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 212. 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.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Estas alterações legislativas modificaram substancialmente a metodologia de colheita da prova testemunhal, pois além da alteração da ordem de oitivas das testemunhas (primeiro as arroladas pela acusação e após as arroladas pela defesa), determina que as partes formulem as perguntas antes do magistrado e diretamente à pessoa que estiver prestando o seu depoimento, possibilitando que seja demonstrado aquilo que se pretende provar. Depois, em respeito ao contraditório, a parte contrária formulará as perguntas de acordo com o seu interesse, e, por fim, se entender que não estejam todos os pontos esclarecidos, poderá o juiz complementar a inquirição. Importante, ainda, mencionar que não foi retirado do magistrado o comando da audiência e a valoração das provas, as quais se destinam a formar o seu convencimento.⁷¹

Conforme explana GESU⁷², a sistemática de inquirição de testemunhas adotada pela legislação brasileira a partir de 2008, “aproximou-se ao *cross-examination* norte-americano, pois, em ambos, a acusação e a defesa formulam os questionamentos diretamente às testemunhas, as quais também ficam sujeitas ai contra-interrogatório da parte adversa; entretanto, diferindo-se deste porque a inquirição não é tarefa exclusiva das partes”. Afirmando, por outro lado, que esta modificação teve mais “semelhança com aquilo que os italianos chamam de *esame*

⁷¹ GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 75/80.

⁷² *Idem. Ibidem.*

incrociato (perguntas cruzadas), considerando a previsão do Código de Processo Penal italiano acerca da possibilidade de intervenção do magistrado ao final.”

2.4.1. Inquirição por videoconferência

Há, ainda, a possibilidade da inquirição da testemunha por videoconferência, quando a testemunha ou vítima sentirem-se humilhadas, temerosas ou constrangidas na presença do réu, somente sendo possível a retirada do réu da sala de audiência quando não for possível a oitiva por videoconferência, conforme o disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal.

Diante disto, vem a tona casos que vítimas, testemunhas e até mesmo réus colaboradores sentem-se ameaçados pela presença do acusado, necessitando, então, de especial proteção.

2.4.1.1. Proteção à testemunha

A Lei nº. 8.807, de 13 de julho de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000, instituiu o Programa de Proteção Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, desenvolvido no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, sob supervisão do Ministério da Justiça, com a finalidade de proteger vítimas, testemunhas e até mesmo réus colaboradores na investigação de crimes.⁷³

A referida lei prevê medidas protetoras, que levarão em conta a gravidade da coação ou ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.* p. 405.

las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova (artigo 2º).

Entre as medidas protetoras previstas estão: a segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; a suspensão temporária das atividades funcionais, sem detrimento dos vencimentos, quando servidor público ou militar; o sigilo em relação aos atos praticados (artigo 7º); a alteração de nome e registros da pessoa protegida (artigo 9º), etc., pelo período de dois anos, podendo ser excepcionalmente prorrogada (artigo 11).

2.5. CONTRADITA E ARGUIÇÃO DE DEFEITO

Prevê o artigo 214 do Código de Processo Penal que:

Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Contraditar significa o ato de impugnação, contestação da oitiva de uma testemunha pela parte contrária. Geralmente, ocorre após sua qualificação e antes de iniciar o depoimento. Assim, a testemunha será questionada sobre o que fora contraditado e, tratando-se de alguma das hipóteses referidas no artigo 207 do Código de Processo Penal, não será ela ouvida, ou, nas hipóteses do artigo 208 do mesmo diploma legal, anular-se-á o compromisso.⁷⁴

Há, ainda, a arguição de defeito, que consiste no conhecimento, de uma das partes, sobre algo que torne a testemunha da parte contrária suspeita ou sem

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 653.

confiabilidade, cabendo a parte que tiver esta informação fazer a argüição, antes da tomada do depoimento propriamente dito, procedendo-se, daí por diante, o mesmo procedimento visto em relação à contradita.⁷⁵

2.6. ACAREAÇÃO

A acareação consiste em colocar duas ou mais pessoas, cujos depoimentos sejam conflitantes “cara a cara” para que expliquem as divergências que incidam sobre fatos ou circunstâncias relevantes e não se possa chegar a verdade pelas demais provas produzidas, conforme o disposto no artigo 229 do Código de Processo Penal:

A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Diante desta leitura, extrai-se que o Código de Processo Penal admite acareação entre: acusados; acusado e testemunha; testemunhas; testemunha e ofendido; acusado e ofendido; e ofendidos.

No entanto, é de suma importância a ressalva feita por OLIVEIRA⁷⁶ – o qual considera a acareação um “procedimento de índole intimidatória” –, de que é impertinente a possibilidade de acareação entre o acusado e as testemunhas, vez que aquele não tem qualquer compromisso de dizer a verdade, enquanto a testemunha o tem. Ademais, há a hipótese de o réu exercer o direito ao silêncio em juízo, mas ter sido ouvido na fase investigatória, oitiva esta que não tem valor senão

⁷⁵ *Idem. Ibidem.*

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *op. cit.* p. 415.

confirmada em juízo, logo, não podendo ser submetido ao procedimento da acareação.

Assim, na visão do supramencionado doutrinador, a acareação poderá ocorrer somente entre testemunhas; entre testemunhas e o ofendido ou entre ofendidos, os quais tem o dever de depor e poderão ser responsabilizados criminalmente por eventual falsidade em suas declarações: as testemunhas pelo crime de falso testemunho (artigo 342 do Código Penal), e o ofendido, pelo delito de denunciação caluniosa (artigo 339 do mesmo diploma legal).

O procedimento de acareação, onde “os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação” (parágrafo único do artigo 229 do Código de Processo Penal) “pode ser realizado tanto na fase investigatória quanto durante a instrução criminal, razão pela qual seria conveniente que as respectivas autoridades somente liberem as testemunhas após o depoimento de todas elas”⁷⁷, sendo então, realizada logo após os testemunhos.

O artigo 230 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de acareação quando uma das pessoas estiver ausente, desde que não cause prejudicial demora ao processo e seja entendida como conveniente pela autoridade competente (não exclusivamente pelo juiz, eis que poderá ser realizada, também, na fase investigatória):

Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha

⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *op. cit.* p. 415

presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

Todavia, no entendimento de TOURINHO FILHO⁷⁸, nesta hipótese de ausência de uma das partes acareadas, não haverá a acareação propriamente dita, mas sim mero confronto.

2.7. MOMENTO DE ARROLAR AS TESTEMUNHAS

As testemunhas devem ser arroladas no momento procedimental correto, sob pena de preclusão.

De acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, as testemunhas de acusação devem ser arroladas, obrigatoriamente, na denúncia (crimes de ação penal pública) ou na queixa-crime (ação penal de iniciativa privada).

As testemunhas de defesa, em regra, devem ser arroladas quando for ofertada a resposta escrita, requerendo sua intimação, quando necessário (respectivamente, artigos 396 e 396-A, ambos do Código de Processo Penal).

2.8. LIMITES NUMÉRICOS DE TESTEMUNHAS

A regra geral, no Código de Processo Penal é de que, nos crimes cuja sanção máxima for cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, seguindo o rito comum ordinário, poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas para cada parte, não se computando as que não prestam compromisso e as referidas (artigo 401, § 1º, do CPP) e, conforme o disposto no

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 356.

artigo 532 do referido diploma legal, nos crimes que seguirem o rito comum sumário, poderão ser arroladas no máximo 5 (cinco) testemunhas para cada parte, de igual forma, não sendo computadas as que não prestarem compromisso e forem referidas.

Há, porém, exceção referente ao procedimento do Tribunal do Júri, onde, na instrução, poderão ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas para cada parte e em plenário, o número máximo de testemunhas é reduzido para 5 (cinco), respectivamente, nos termos do artigo 406, §§ 2º e 3º e artigo 422, ambos do Código de Processo Penal.

2.9. DESISTÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHAS

Dispõe o § 2º do artigo 401 do Código de Processo Penal que “a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código”.

No entanto, conforme explica LOPES JUNIOR, “as testemunhas, uma vez arroladas, são “do processo” e não mais “da parte””⁷⁹, razão pela qual este dispositivo deve ser interpretado de acordo com a garantia constitucional do contraditório, abrindo-se vista a outra parte para que se manifeste sobre a desistência e, somente se houver discordância, será invocada a parte final do referido artigo, para que o juiz possa ouvi-la.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.* p. 659.

2.10. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS

A substituição de testemunhas era permitida quando alguma das testemunhas não fosse encontrada (antigo artigo 397 do CPP).

Porém, com a reforma processual penal trazida pela Lei nº. 11.719/08, a substituição da testemunha deixou de ter previsão legal. O que, no entendimento de LOPES JUNIOR⁸⁰, não se trata de omissão legislativa, mas sim de celeridade processual e “aglutinação dos atos em uma única audiência”. Entende, ainda, que impedir a substituição de uma testemunha não encontrada implica, conforme o caso “cerceamento de defesa ou limitação indevida do contraditório”.

Corroborando este pensamento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa (*apud* LOPES JUNIOR⁸¹) entendeu ser possível a aplicação do artigo 408 do Código de Processo Civil, segundo o qual, é permitida a substituição da testemunha: que falecer; que por enfermidade não estiver em condições de depor; que tendo mudado de residência não for encontrada pelo oficial de justiça.

⁸⁰ *Idem. Ibidem.* p. 660/661.

⁸¹ *Idem. Ibidem.* p. 661/662.

3. FATORES CAPAZES DE INFLUENCIAR NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

“A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável”.⁸²

Comumente magistrados enfrentam situações complexas em que a prova testemunhal, seja através de depoimentos de testemunhas ou ainda a oitiva da própria vítima, é principal, senão a única, colacionada no decorrer do processo-crime, e, cabe a eles (magistrados) ponderar a credibilidade da referida prova – levando em conta fatores externos capazes de influenciar nas recordações de um fato que serão resgatadas na memória e relatadas por elas a diferentes entrevistadores e momentos – e fundamentar sua decisão (seja através de sentença absolutória ou condenatória) baseando-se nelas, aliadas aos demais elementos carreados nos autos, se estes estiverem presentes.

Neste capítulo, buscar-se-á, apresentar e analisar, entre muitos existentes, alguns fatores passíveis de contaminar a produção e valoração da prova testemunhal.

3.1. O CONHECIMENTO: FASES DE FORMAÇÃO

A atividade judicial, muitas vezes, é vista como a busca, no presente, de fatos ocorridos no passado, os quais, necessariamente, são resgatados da memória daquele que os relata, para que assim, seja possível a reconstrução fática⁸³, a qual,

⁸² *Idem. Ibidem.* p. 664.

⁸³ PLETSH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.* IBCCRIM, São Paulo: 2007. p. 19/20.

na visão de AQUINO⁸⁴ (doutrinador que, salvo disposição em contrário, servirá de base para as explanações a seguir), depende diretamente do conhecimento do fato, conservação e declaração desse conhecimento.

Em outras palavras, para a reconstrução de um crime, na grande maioria das vezes, até mesmo pela carência de outros elementos probatórios (que às vezes não foram devidamente colhidos e, por conseqüência, são apagados pelo tempo, ou porque não deixaram vestígios), depende da memória daquele que o narra.

3.1.1. O CONHECIMENTO DO FATO

O conhecimento, conceituado por JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR (*apud* AQUINO), é:

uma função vital, pela qual o sujeito cognoscente recebe e exprime em si mesmo a acção e a forma da cousa; assim se verifica que o conhecimento consta de três elementos, isto é, de um sujeito cognoscente, de um objeto cognoscível e do acto da união entre este e aquelle, de sorte que, formalmente, o conhecimento consiste neste acto, de união pelo qual o objecto é apprehendido pelo sujeito e neste representado por meio da espécie expressa.

Nesta seara, o conhecimento, que é essencialmente a relação entre um sujeito e um objeto, ocorre em virtude das percepções sensoriais: audição, visão, gosto, olfato, tato, etc., sendo os dois primeiros de maior utilidade no caso da prova testemunhal.

LUIZ REGIS PRADO, fazendo uma síntese de ensinamentos, esclarece que:

O ponto de partida para a configuração do testemunho é o momento de apreensão do fato, da aquisição de percepções sensoriais (dados sensoriais

⁸⁴ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p.26/55.

primários). Os órgãos sensoriais recebem a impressão (imagem) e a levam aos centros cerebrais determinando a sensação, resultado imediato do estímulo, e, a seguir, a percepção, efeito da sensação do momento, que, no caso de identificação do objeto, se intitula a percepção. A imagem gravada na memória fica retida para mais tarde ser reproduzida ou evocada. Encerra o processo de exteriorização (oral ou escrita), feita por meio do depoimento.⁸⁵

No entanto, não basta que uma pessoa tenha conhecimento de um fato através de seus sentidos, é necessário, também, que se tenha atenção e compreensão, que são considerados por AQUINO, elementos integradores do conhecimento.

Em relação à atenção, é comum ouvirmos indivíduos relatarem que acontecimentos do cotidiano passaram despercebidos em razão da distração, cansaço ou até por estar com a atenção dirigida a outro fato, que se for inusitado, despertará maior atenção em relação aos triviais.

Além disso, a atenção é limitada no tempo e no espaço, ou seja, as pessoas não conseguem ficar atentas o tempo todo, nem ater-se a várias coisas ao mesmo tempo.

Por sua vez, a compreensão diz respeito à “capacidade que o indivíduo possui de descrever algo sob uma diversidade de pontos de vista, sob diferentes aspectos, tomar consciência de fatores importantes, sentir a situação, estabelecer possíveis relações de causa e efeito etc.”.⁸⁶ O que significa dizer que é através da compreensão que a imagem se forma de maneira mais coerente com a realidade fática, ou seja, somente após o desenvolvimento de um rápido trabalho mental, comparando o dado novo a velhas experiências, é que a pessoas terá uma efetiva compreensão do conhecimento.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*. Ed. Saraiva, São Paulo: 1984. p. 6.

⁸⁶ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 38.

Outra circunstância mencionada por AQUINO que é capaz de influenciar na captação da realidade é o estado de espírito do sujeito no momento da ocorrência dos fatos, sendo evidente, que aquele que se encontrava calmo na ocasião terá melhor capacidade de perceber o ocorrido do que aquele que estava emocionalmente alterado.

Ainda, há a possibilidade de fatores físicos alterarem a captação e conservação do conhecimento, como por exemplo, a influência do frio e do calor, da alta luminosidade ou obscuridade, do cansaço, do jejum, da distância do observador, entre outros.⁸⁷

Diante do que fora supramencionado, percebe-se que não basta, pura e simplesmente, a presença de uma pessoa no lugar dos acontecimentos para que haja um conhecimento efetivo por parte dela dos fatos que se pretendem reconstruir em juízo, pois, pouco adianta que uma testemunha tenha presenciado uma cena, em tese criminosa, se não estão presentes outros aspectos essenciais que permitam total compreensão e capacidade de reprodução do que fora por ela assistido.

3.1.2. A CONSERVAÇÃO DO CONHECIMENTO

Como já fora dito, a produção da prova testemunhal depende da possibilidade de reconstrução mental através do mecanismo de fixação, conservação e reprodução de fatos passados:

A conservação do conhecimento é possível em virtude de um processo de fixação, que se consubstancia na capacidade de gravação de um fato. Ela, a fixação, depende muito da memória, lugar onde os fatos ficam registrados.

⁸⁷ GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 138.

A memória consiste na possibilidade de recordarmos conhecimentos relativos ao passado, que certa feita, anteriormente à atual lembrança, nos foram disponíveis.⁸⁸

Ainda na visão de AQUINO, as percepções são registradas no cérebro graças à memória, que se divide em dois momentos: “a conservação do conhecimento adquirido por meio da percepção” e “a possibilidade, a qualquer instante, de avocar a lembrança desse conhecimento, mas não agora identificando-o, e sim reconhecendo-o”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, PRADO elucida que o fenômeno psíquico da memória dá-se em três fases. São elas: a fixação, a conservação e a evocação:

a fixação ocorre quando a impressão sensorial, transportada ao cérebro e lançada no campo da consciência pela percepção, vai fixar-se na substância cerebral. Desde que retiradas, as impressões, (imagens) conservam-se em estado latente e indefinido. O ressurgimento da impressão original por meio de um estímulo (interno ou externo) provoca a evocação das imagens conservadas, trazendo-as à consciência (lembrança). Há, ainda, o reconhecimento, como aspecto complementar, que é a identificação da lembrança, da recordação.⁸⁹

Neste passo, é de fundamental importância o alerta feito por GESU, de que “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade”⁹⁰, eis que a memória – além de variar em qualidade e intensidade, fazendo com que o relato de um mesmo fato presenciado por pessoas distintas possa ser relatado de modo completamente diferentes – está sujeita a desgastes, como por exemplo, o decurso do tempo, que pode causar esquecimentos e alterar os dados registrados na memória. Razão pela

⁸⁸ *Idem. Ibidem.* p. 39.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.* p. 9.

⁹⁰ GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 75/80.

qual é de fundamental importância que as testemunhas presenciais sejam ouvidas o mais rápido possível, para que assim, possa ser guardada maior semelhança com a realidade.

3.1.3. A DECLARAÇÃO DO CONHECIMENTO

A declaração testemunhal é o relato de um fato que foi entendido por meio da percepção e, conseqüentemente, registrado na memória do sujeito, o qual transmitirá o seu conhecimento a outro sujeito, através de uma exteriorização material, que se dá pelos meios de linguagem.

Dentre as linguagens, a falada é o principal instrumento de comunicação entre os homens. Mas, não raras às vezes, podem estar presentes vícios de comunicação (os quais poderão ser ocasionados por diversos fatores), ficando o destinatário dela sem saber o que o declarante quis dizer-lhe.

Entre estes fatores capazes de alterar a declaração do conhecimento, podemos citar o transcorrer do tempo entre o fato e as primeiras declarações prestadas, isto é, quanto maior o transcurso do tempo – que também é fundamental para o esquecimento, principalmente de detalhes essenciais que interessam ao processo –, maior a possibilidade de a testemunha ou vítima incorporar ao seu conhecimento elementos externos, o que gerará uma “verdadeira confusão entre aquilo que realmente ocorreu e as informações adquiridas posteriormente por intermédio dos jornais, da televisão, de uma conversa com um amigo, da inquirição por médicos, psicólogos e policiais”.⁹¹

⁹¹ *Idem. Ibidem.* p. xvi.

Como explica MALATESTA, “há testemunhas que percebem a verdade, que pretendem referi-la exatamente e cujos depoimentos, no entanto, acabam por enganar, pela impropriedade e incerteza de sua linguagem; a afirmação sincera de fatos verdadeiros se converte, assim, por seus defeitos, em um falso testemunho”⁹², ou seja, muitas vezes a testemunha não tem a intenção de distorcer a verdade dos fatos, mas por ser imprecisa e/ou por não recordar-se de todos os detalhes, acaba alterando sua própria versão dos conhecimentos que obteve.

Além disto, as pessoas, sobretudo as crianças, são altamente induzidas ou sugestionadas a recordar eventos nunca ocorridos, assim como é possível que elas mesmas acabem utilizando-se de fantasias e imaginações para preencher as lacunas da memória, por vezes com experiências verdadeiras decorridas de outros acontecimentos ou até mesmo com experiências que nunca foram vivenciadas. Criando, assim, falsas memórias, que contaminam a prova, que, por sua vez, influenciará diretamente na tomada da decisão.⁹³

Outra questão importante e com grande potencial de influencia sob a produção da prova oral (seja pela testemunha ou pela vítima) é o entrevistador.

Costumeiramente, o entrevistador tende a agir manipulando os questionamentos (e conseqüentemente as respostas), buscando obter informações específicas sobre determinado fato⁹⁴. Em outras palavras, a acusação trabalha para obter a condenação, produzindo provas neste sentido e a defesa, apesar de não ter o dever de provar, valendo-se do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio, também pode agir buscando produzir provas a seu favor, inclusive utilizando-se de mentiras, para reduzir os riscos de uma sentença desfavorável.

⁹² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *op. cit.* p. 358.

⁹³ GESU, Cristina Di. *op. cit.* p. 136/138.

⁹⁴ *Idem. Ibidem.* p. 147/150.

Outro fator importante é que, geralmente, o entrevistador (seja ele o órgão acusador, a defesa ou o juiz), não utiliza a linguagem e o método adequado para questionar o entrevistado, além de muitas vezes explorarem somente a hipótese acusadora, não estando preocupado em inquirir a testemunha ou vítima sobre outras possíveis causas que poderiam ter ensejaram a acusação.

Diante disto tudo, percebe-se claramente a fragilidade da prova testemunhal, a qual, além de parcial, está longe de reproduzir fidedignamente os acontecimentos, devido a todos os fatores de contaminação anteriormente apontados: captação do conhecimento, memórias e falsas memórias, decurso do tempo, viés do entrevistador, etc., motivo pelo qual, muitos doutrinadores⁹⁵ sustentam a inviabilidade da “busca pela verdade” no processo através da tentativa de reconstrução dos fatos.

3.2. FALSO TESTEMUNHO

Por mais que a coleta da prova oral seja cingida de todos os cuidados necessários, ainda há a possibilidade ocorrerem erros judiciários em virtude de sentenças condenatórias ou absolutórias fundadas, total ou parcialmente, em falsos depoimentos.

Como já mencionado, a veracidade das declarações não depende apenas das qualidades morais de quem a presta, mas também de outros fatores relacionados à sua mente, o objeto e as condições de seu depoimento.

O falso testemunho, na visão de AQUINO, ocorre quando a testemunha consciente e propositadamente adultera a verdade com o intuito de enganar o juiz,

⁹⁵ Neste sentido vide: GESU, Cristina Di. *op. cit.*; LOPES JUNIOR, Aury. *op. cit.*; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.*, entre outros.

podendo isto se dar em razões de amizade, solidariedade familiar, etc. Por outro lado, coisas não verídicas podem ser ditas de boa-fé durante o testemunho, todavia, contaminadas de erro de percepção, de memória, de influências e sugestões imprevistas, etc., sendo portando, uma declaração mentirosa involuntária ou, nas palavras de Santo Tomás de Aquino, falso testemunho por ignorância do fato.⁹⁶

Cabe destacar a existência de duas teorias sobre a caracterização do falso testemunho: a objetiva e a subjetiva, abaixo explanadas com base nos ensinamentos de PRADO.⁹⁷

A primeira teoria considera como falsa a declaração quando esta for divergente ou incompatível com o seu objeto, ou seja, quando há discrepância entre o que foi dito e a realidade. Assim, para a teoria objetiva, a falsidade seria o contraste entre o depoimento e o que efetivamente sucedeu.

Já para a segunda teoria, “uma declaração é falsa quando é desconcordante com o sabido pelo agente. A falsidade encerra uma relação contraditória ou divergente entre o fato asseverado e o sabido”.⁹⁸

No Brasil, ante a interpretação do artigo 342 do Código Penal, que prevê como criminosa a conduta de “fazer afirmação falsa, ou negar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral”, vige a teoria subjetiva.

Saliente-se que, embora haja a previsão legal do delito de falso testemunho (cuja apuração não é fácil), bem como o dever do juiz de alertar as testemunhas sobre a importância de dizer a verdade, sob pena de cometimento do referido

⁹⁶ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *op. cit.* p. 50/51.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.* p. 75/76.

⁹⁸ *Idem, Ibidem.*

crime⁹⁹, isto não obsta que em inúmeras vezes o magistrado depare-se com casos em que os depoimentos colhidos podem ser as únicas provas, e além de tudo, serem contraditórios entre si, sendo ele obrigado a adotar aquele que se apresentar mais coerente, o qual, nem sempre será o verdadeiro.

⁹⁹ Art. 210, CPP. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

Art. 211, CPP. Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.

Parágrafo único. Tendo o depoimento sido prestado em plenário de julgamento, o juiz, no caso de proferir decisão na audiência (art. 538, § 2º), o tribunal (art. 561), ou o conselho de sentença, após a votação dos quesitos, poderão fazer apresentar imediatamente a testemunha à autoridade policial.

4. A PROVA ORAL COMO ÚNICO ELEMENTO PROBATÓRIO

Superados os apontamentos realizados acerca dos fatores que podem influenciar na produção da prova oral, cabe agora, a importante análise das principais situações em que o conjunto probatório é composto exclusivamente por depoimentos, sejam eles prestados por uma ou mais testemunhas, ou ainda, pela vítima, eis que esta, por vezes, poderá ser a única capaz de relatar o ocorrido.

Não prevalece mais no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio no qual um único testemunho não tinha validade alguma (*testis unus testis nullus*), possibilitando, assim, a validade de um único testemunho, desde que ele transmita a credibilidade necessária ao juiz, dentro do seu livre convencimento motivado.¹⁰⁰

Neste capítulo, serão demonstradas as distinções feitas pela legislação, doutrina e, notadamente, a jurisprudência, no que tange aos crimes que deixam, ou não, vestígios, bem como a quantidade de depoimentos existentes no processo, e, por fim, a análise de casos.

4.1. NOS DELITOS QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS

Existem delitos, ou até mesmo causas especiais que ensejem o aumento ou a diminuição de pena, que não deixam vestígios. Logo, é inquestionável que nestes casos, as provas orais (sejam através da oitiva da vítima ou da declaração de testemunhas, mesmo que não compromissadas) são suficientes para fundamentar a sentença condenatória.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *op.cit.* p. 459.

Vejamos, entre muitos, alguns exemplos: nos crimes contra a vida (algumas qualificadoras do homicídio que só poderão ser comprovadas por testemunhos, como por exemplo, a promessa de recompensa e o motivo fútil); crimes de periclitção da vida e da saúde, a omissão de socorro; todos os crimes contra a honra (dependendo de como forem praticados, também terão como prova apenas o depoimento da vítima e de eventuais testemunhas); nos crimes contra os costumes, cometidos “longe dos olhares curiosos” a palavra da vítima é de extrema valia, constituindo “o vértice de todo o acervo probatório, desde que fiquem demonstrados seus precedentes bons costumes e sua honestidade”.¹⁰¹ Nestes casos, podem existir, como também, podem inexistir vestígios, sendo então, a materialidade comprovada unicamente através das declarações da vítima e/ou da testemunha.

Sobre a validade da palavra da vítima como meio de prova nos crimes contra os costumes, vejamos o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONFIGURAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCRIÇÃO EM TESE DE CRIME. – **A configuração do crime de atentado violento ao pudor não deixa vestígios, prescinde da realização do exame do corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal.**¹⁰² (grifei)

Neste mesmo sentido, é o unânime entendimento jurisprudencial da 4ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 622.

¹⁰² Superior Tribunal de Justiça. HC nº. 11033/RS, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julg. 01/12/1999, DJ: 28/02/2000, p. 127.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA OS COSTUMES - ESTUPRO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO CONDENATÓRIO - POSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA ALIADA ÀS DEMAIS PROVAS TESTEMUNHAIS COLHIDAS NOS AUTOS - CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - RECURSO PROVIDO. **Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos.**¹⁰³ (grifei)

APELAÇÃO CRIME - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PLEITO POR ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO ÁPTO A ENSEJAR A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - **PALAVRA DA VÍTIMA QUE, MESMO SENDO CRIANÇA, MERECE CREDIBILIDADE, EIS QUE DOTADA DE HARMONIA E COERÊNCIA** - PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO DA PENA - ACOLHIMENTO POR RAZÕES DIVERSAS DAQUELAS INVOCADAS PELA DEFESA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁰⁴ (grifei)

Há também, os delitos que, em regra, deixam sinais, contudo, se praticados na forma tentada, os vestígios não aparecerão, como por exemplo, tentativa branca de homicídio, tentativa de roubo, furto, estelionato, etc.

Observa-se, diante do exposto, que em muitos casos o conjunto probatório é constituído exclusivamente pelas provas orais, sendo óbvio que elas, desde que críveis e bem analisadas, são suficientes para embasar uma condenação.

4.2. NOS DELITOS QUE DEIXAM VESTÍGIOS

No caso dos crimes que deixam vestígios, conforme determina o artigo 158 do Código de Processo Penal, “será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

¹⁰³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0469854-0. Acórdão nº 7335, Rel. Des. Antonio Martelozzo, 4ª Câmara Criminal, julg. 18/09/2008.

¹⁰⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0531672-9. Acórdão nº 8220, Rel. Des. Tito Campos de Paula, 4ª Câmara Criminal, jul. 12/03/2009.

Havendo a possibilidade da realização do exame de corpo de delito, e, não sendo ele realizado, parte da doutrina entende que acarretará nulidade do processo¹⁰⁵, parte entende que a nulidade causará ofensa aos princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz¹⁰⁶.

No entanto, vale enfatizar a exceção prevista no artigo 167 do referido diploma legal, conhecida como exame indireto de corpo de delito: “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Acerca do tema, vale mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É inquestionável a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios. Trata-se de exigência peculiar aos delitos materiais, imposta pelo art. 158 do Código de Processo Penal. A omissão dessa formalidade – considerada juridicamente relevante pelo próprio estatuto processual penal – constitui circunstância apta a invalidar, por nulidade absoluta, a própria regularidade do procedimento penal-persecutório (RTJ, 144/1064). **Quando, no entanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, por haverem desaparecido os vestígios da infração penal, a prova testemunhal – que materializa o exame de corpo de delito indireto – supre a ausência do exame direto** (RTJ, 76/969, 879/109, 103/1040, 112/167).¹⁰⁷ (grifei)

Como exemplos citados pela doutrina destes delitos, têm-se: o crime de roubo, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, situação que, na maioria das vezes, os objetos (roubados e a arma) não são encontrados em poder do acusado; o afogamento em alto mar, quando o corpo da vítima não é encontrado, etc.

¹⁰⁵ Neste sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 554.

¹⁰⁶ Neste sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.* p. 479.

¹⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça. HC nº. 69013/PI, Rel. Min. Celso de Melo, 1ª Turma. DJ: 01/07/1992, citado por TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.* p. 555.

Diante disto, tem-se que a regra, nos crimes que deixam vestígios, é de que seja realizado o exame de corpo de delito, e, somente não sendo mais possível a sua realização ante ao desaparecimento dos vestígios, poderá ser ele (o exame) suprido pela prova testemunhal, a qual, neste caso, como único elemento probatório, será suficiente para a fundamentação de sentença condenatória.

4.3. QUANTIDADE DE TESTEMUNHOS QUANDO A COMPROVAÇÃO DOS FATOS ESTIVER RESTRITA A PROVA TESTEMUNHAL

Conforme já mencionado anteriormente, as regras trazidas pelo Código de Processo Penal são de que: nos crimes cuja sanção máxima for cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, seguindo o rito comum ordinário, poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas para cada parte, não se computando as que não prestam compromisso e forem referidas; nos crimes que seguirem o rito comum sumário, poderão ser arroladas no máximo 5 (cinco) testemunhas para cada parte, de igual forma, não sendo computadas as que não prestarem compromisso e as referidas; e na instrução do Tribunal do Júri poderão ser ouvidas até 8 (oito) testemunhas para cada parte e em plenário, o número máximo de testemunhas é reduzido para 5 (cinco).

Há, ainda, as previsões das leis especiais, como ocorre com a Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas), em que, independente da pena, 5 (cinco) é o número máximo de testemunhas para cada parte.

Registre-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que o arrolamento ou a oitiva de número maior de testemunhas por uma das partes em relação à outra não gera nulidade, caracterizando mera irregularidade, sendo que a

quantidade estipulada por lei refere-se a cada fato descrito na denúncia ou queixa.¹⁰⁸

Além disso, mais importante que a quantidade das declarações, é o conteúdo delas. Neste sentido, vejamos:

É irrelevante a existência de poucas provas testemunhais, para que seja o réu condenado, pois, na aferição do conjunto probatório, o que prevalece é a idoneidade, segurança e harmonia para se tirar conclusão e firmar certeza para o desate da demanda, sendo que a prova não se mede pelo volume, mas pela sua qualidade, clareza e seriedade, mesmo porque todo malfeitor da sociedade sempre busca não deixar provas, ou dificultar o colhimento, especialmente nos crimes contra o patrimônio, de clandestinidade como característica.¹⁰⁹

Por outro lado, como já explicado anteriormente, pessoas que testemunharam um mesmo fato podem apresentar diferentes versões sobre ele, notadamente em relação aos detalhes, pois elas não vêem as coisas de uma mesma maneira. Não obstante, conforme afirma MALATESTA, as pequenas contradições, decorrentes de falta de atenção ou esquecimento, no depoimento de testemunhas distintas, não devem diminuir-lhes o valor.¹¹⁰

Outra questão importante, é a de todo o conjunto probatório carreado nos autos ser composto por apenas uma única declaração, seja ela da vítima ou de uma testemunha, o que, como já mencionado na introdução deste capítulo, em nada obsta que ela sirva como fundamento para uma condenação, eis que o brocardo *testis unus testis nullus* deixou de existir na atual sistemática processual.

Em verdade, a valoração das provas deve ser analisada em cada caso concreto, pois em determinadas situações, apenas uma declaração – da vítima ou da testemunha – pode ter mais valor do que vários depoimentos confusos entre si, e inconclusivos.

¹⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *op. cit.* p. 1057.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AP. Rel. Geraldo Lucena. RJD 16/214.

¹¹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *op. cit.* p. 384.

CONCLUSÃO

O estudo realizado demonstra a grande importância da prova testemunhal no processo penal, eis que é encontrada com abundância nas ações penais.

Consistindo a prova oral nas declarações retrospectivas prestadas pela vítima ou por pessoas que presenciaram ou tiveram conhecimento de fatos possivelmente delituosos, deve ela ser valorada de acordo com as demais circunstâncias envolvidas – como a captura e armazenamento do conhecimento fático, as emoções que lhe foram geradas em decorrência do ocorrido, seu comportamento durante a inquirição, a coerência e harmonia de sua declaração, entre outras – principalmente quando for a única a compor o conjunto probatório carreado nos autos.

Em situações como estas, ou mesmo naquelas em que não é a única coligida, não se pode ignorar a sua grande valia (se coerente e harmonia com os demais elementos, notadamente em casos que os delitos perpetrados não deixam vestígios, mas também, naqueles que deixam, seja por eles terem desaparecido com o passar do tempo, seja para esclarecerem a motivação/modo de como o crime ocorreu), tampouco desconsiderar os fatores que podem desvalorizá-las, como o decurso temporal e influências capazes de gerar um falso testemunho (intencional ou não).

Destas situações que necessitam de maior cautela e que comumente são enfrentadas nas ações penais, decorre a real necessidade de uma boa preparação do entrevistador e do magistrado, não só na área jurídica, mas também em outros ramos, como por exemplo, a psicologia e a sociologia, para que assim, possam (quando necessário) inquirir a testemunha e/ou vítima de maneira que as deixe mais

a vontade e com certeza extraindo delas detalhes mais relevantes para o deslinde da causa e valoração da prova.

Destarte, não restam dúvidas sobre a importância da prova testemunhal no processo penal, vez que ela, mesmo sendo a única carreada poderá servir de fundamentação para a condenação ou absolvição do réu, pois é certo que argumentos sólidos e testemunho coerente constituem a melhor defesa da verdade. Contudo, sua suficiência e valoração deverá, sempre, ser (bem) analisada de acordo com o caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. Ed. Saraiva, 3 ed. atual. e ampl., São Paulo: 1995;

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3.ed. Ed. Saraiva, São Paulo: 1994;

BÍBLIA SAGRADA. Português. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil, 2 ed. Barueri, São Paulo: 1999;

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ed. RT. São Paulo: 1999;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988;

_____. *Código Penal*, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

_____. *Código de Processo Penal*, Decreto-Lei n. 3.931 de dezembro de 1941;

_____. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95;

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. Ed. Saraiva, 7 ed., São Paulo: 2001;

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Ed. Bookseller, Campinas: 2006;

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997;

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Pietro Castro, Barcelona, Bosch;

FRANCO, Alberto da Silva; STOCO, Rui, coordenação. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2 ed. rev., atual. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004;

GESU, Cristina Di. *Prova Penal & Falsas Memórias*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010;

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal;

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências;

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 1, 7 ed. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2011;

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Ed. Bookseller, Campinas: 2001;

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prova Criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96*. Ed. Juruá Curitiba: 1996;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. Ed. Atlas, 11 ed., São Paulo: 2003;

- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Ed. Bookseller, tradução da 3 ed., Campinas: 1997;
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. Ed. Saraiva, São Paulo: 2002;
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002;
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Editora Lúmen Júris, 12 ed., Rio de Janeiro: 2009;
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. Ed. Aide, Rio de Janeiro: 1994;
- PLETSH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. IBCCRIM, São Paulo: 2007;
- PRADO, Luiz Regis. *Falso testemunho e falsa perícia*. Ed. Saraiva, São Paulo: 1984;
- REVISTA VEJA. Editora Abril. Ed. 2224, ano 44, nº. 27 de 6 de julho de 2011;
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Ed. Saraiva, São Paulo: 1990;
- SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. Ed. RT, São Paulo: 1999;
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Ed. Forense, 13ª ed., Rio de Janeiro: 1997;
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC 76.557-RJ, 2.ª T., rel. Carlos Velloso, 04.08.1998;
- _____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº. 11033/RS, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julg. 01/12/1999, DJ: 28/02/2000, p. 127;

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº. 69013/PI, Rel. Min. Celso de Melo, 1ª Turma. DJ: 01/07/1992;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*: volume 1. Ed. Saraiva, 13 ed. rev., e atual., São Paulo: 2010;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*: 3º volume. Ed. Saraiva, 31 ed. rev. e atual., São Paulo: 2009;

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 287.216-3, São José do Rio Preto, 3.ª C. de Janeiro de 200, v.u., JUBI 49/00;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0469854-0. Acórdão nº 7335, Rel. Des. Antonio Martelozzo, 4ª Câmara Criminal, julg. 18/09/2008;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação nº. 0531672-9. Acórdão nº 8220, Rel. Des. Tito Campos de Paula, 4ª Câmara Criminal, jul. 12/03/2009;

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/09/110918_strauss_entrevista_rp.shtml. Acesso em 19 de setembro de 2011;

<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/937678-camareira-mentiu-sobre-detalhes-da-acusacao-contr Strauss-Kahn.shtml>. Acesso em 03 de julho de 2011;

<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2011.