

Opinião: O direito à oitiva de testemunha tempestivamente arrolada

No instante em que nasce a persecução criminal, surgem inúmeras questões de cunho misto (material e processual) controversas. Entre elas, se destaca a adequação processual de decisões judiciais proferidas



A prova penal consiste em *"todo elemento existente, válido e*

eficaz, capaz de autorizar ou corroborar a atribuição do predicado 'verdadeiro' às hipóteses das partes processuais" [1]. Em outra acepção, a prova diz respeito ao resultado da atividade probatória, identificando-se com o conhecimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de uma determinada premissa fática [2].

A produção de elementos probatórios é um direito do investigado ou réu em seu favor, orientado pelos princípios da necessidade, liberdade probatória, pertinência, utilidade, legitimidade, iniciativa das partes, disponibilidade, contraditório e comunhão. Busca-se, a partir da prova, o estabelecimento do juízo racional sobre a ocorrência da hipótese acusatória ou da hipótese defensiva.

Em qualquer processo judicial, há uma intervenção *decisiva* das partes na produção de provas. Essa ingerência pode ser maior ou menor, exclusiva ou compartilhada com outros sujeitos (isto é, com o juiz), dependendo de cada ordenamento jurídico e de cada tipo de processo, mas deve ser oportunizada em qualquer caso [3].

No entanto, o processo decisório pode ser marcado por certa intolerância do julgador que, convencido intimamente da culpa ou da inocência do réu, ou por qualquer outra razão de ordem subjetiva, desconsidera hipóteses e variáveis ainda não descobertas ou avaliadas.

As distorções involuntárias produzidas na atividade jurisdicional pela subjetividade do juiz (que efetivamente existe, em que pese a imposição de imparcialidade) resultam agravadas por três elementos: a) o primeiro, extrínseco à natureza da jurisdição, diz respeito à influência de convicções morais, políticas e pessoais e aos condicionamentos culturais e sociais exercidos sobre o magistrado pelo ambiente externo; b) o segundo, intrínseco à natureza da jurisdição, diz respeito à impossibilidade de refutação da narrativa fática e das leis por hipóteses interpretativas controladas; c) o terceiro, intrínseco à natureza da jurisdição, equivale a uma construção, pelo juiz, de sistema de esquemas interpretativos do tipo "seletivo", que recorta os únicos elementos do fato que reputa penalmente "relevantes" e ignora todos os demais [4].

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa assinala que *"os agentes previamente convencidos da culpa ou absolvição tendem a adotar mecanismos de manutenção da consonância, consistentes na 'supervalorização' da evidência/argumento irrelevante/insignificante e na 'sobrealimentação' da evidência robusta contrária, em face da busca do equilíbrio interno"* [5].

Entre outras conjunturas, constata-se, em relação à produção de prova testemunhal no processo penal, uma inclinação de julgadores pátrios no sentido de suprimir ou restringir, no momento da instrução processual, determinado direito da defesa a oitiva das testemunhas arroladas em sede de resposta à acusação (artigo 396-A do Código de Processo Penal ou CPP).

Em cada procedimento há o momento processual adequado para o arrolamento de testemunhas, sob pena de preclusão. O direito subjetivo a oitiva configura-se pelo correto exercício desse ato [6]. Em matéria processual penal, o STJ possui jurisprudência apontando o momento da resposta à acusação como adequado para o arrolamento de testemunhas pela defesa, sob pena de preclusão, nos exatos termos do artigo 396-A do CPP [7].

Não obstante, registra-se entendimento doutrinário diverso, eis que o processo penal não se revestiria do rigorismo do processo civil, a ditar como definitivamente precluso o direito por não ter sido exercido tempestivamente, em observância ao princípio constitucional da ampla defesa. Ou seja, desde que a defesa justifique a prova requerida a destempo, poderá pleiteá-la [8].

Portanto, arrolar testemunhas é um direito do réu, principalmente porque esse meio de prova ainda é o mais utilizado para fins de demonstrar a insuficiência (ausência de probabilidade) do conjunto de evidências arrecadado pela acusação (ônus da prova). Ou seja, *"a prova testemunhal confere meios de redução da assimetria de informações sobre a imputação, em movimentos contrários"* [9].

No processo penal, tem-se notado certa "inovação" procedimental na direção de se determinar à defesa, em momento anterior à audiência de instrução e julgamento, que se manifeste (insista) sobre o interesse na oitiva das testemunhas previamente arroladas.

Para além disso, exige-se, de forma fundamentada e expressa, que sejam expostos os fatos que se pretende provar com as oitivas, bem como se as testemunhas são presenciais do fato ou abonatórias. Ainda, vincula-se a ausência de posicionamento da defesa à desistência tácita das oitivas.

A tentativa de supressão desse direito, ancorado no exercício da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF), pontua-se, não encontra respaldo na razoável duração do processo ou nos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF), eis que ambas as garantias necessitam

trilhar o mesmo caminho. De igual forma, ausente permissivo legal nesse sentido, incabível o reconhecimento de renúncia tácita à oitiva de testemunhas por parte da defesa.

Isso porque, conforme se depreende do artigo 400, §1º, do CPP, é possibilitado ao juiz indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias *em sede de audiência de instrução e julgamento*. Não há obrigação legal de a defesa insistir e justificar, novamente e em momento prévio à audiência, a necessidade de uma prova que requereu tempestivamente. Inadmissível nesse momento processual impor-se à defesa a pormenorização acerca do cabimento e da relevância da oitiva de cada uma das testemunhas, eis que a própria legislação institui como propósito defensivo primordial a *indicação* de prova testemunhal por ocasião da resposta à acusação, diferindo a valoração da sua expressão, do seu mérito, somente para após a sua colheita.

Obrigação dessa natureza revela equívoco suscetível de retificação, sob pena de se convolar em nulidade processual insanável. A relevância ou não do conteúdo dessa prova somente poderá ser aferida após a sua realização, sendo impróprio qualquer juízo prévio de valor.

No julgamento do Habeas Corpus nº 0043477-49.2016.4.01.0000, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) considerou ser direito processual subjetivo das partes verem inquiridas as testemunhas arroladas, constituindo limitação ao dever de acusar e ao direito de defesa o estabelecimento de condicionantes ou explicações acerca do que se deseja provar [\[10\]](#).

Nessa linha de intelecção, no julgamento do Habeas Corpus nº 419394/CE [\[11\]](#), o STJ consignou que tal condicionamento denota ilegalidade passível de correção. Embora no curso do processo penal seja facultado ao magistrado indeferir — de forma motivada — diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, a resposta do artigo 396-A do CPP reflete oportunidade processual de efetivo exercício da ampla defesa pelo réu, de contraposição aos elementos trazidos pela acusação na denúncia. A possibilidade de indicação de testemunhas nesse momento processual visa exatamente a viabilizar ao réu a utilização de mecanismos de provas que servirão para alicerçar o quanto afirmado em sua defesa.

Desse modo, admitir que a ausência de reiteração e justificação da oitiva de testemunhas tempestivamente arroladas caracteriza renúncia tácita ao ato, traduz inovação processual, com franca violação do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, garantias constitucionalmente asseguradas (artigo 5º, incisos LIV e LV, CF). Ademais, se à acusação não se determina que justifique a necessidade da oitiva de testemunhas previamente arroladas na denúncia, em respeito ao princípio da paridade de armas, à defesa também não se deve determinar.

O ministro Gilmar Mendes pondera que o devido processo legal possui duas vertentes: a intrínseca e a instrumental. A primeira assegura ao indivíduo passível de coação não ser simplesmente manipulado, mas ser um partícipe do processo, contribuindo para a legitimidade da decisão. A segunda, que merece especial atenção para dimensionar a relevância do tema, é classificada "*como um mecanismo adequado para assegurar que as leis sejam aplicadas de forma imparcial e equânime*" [\[12\]](#).

A instrumentalização processual prevista em lei necessita ser rigorosamente respeitada, considerando a finalidade do processo penal de aplicação da lei de maneira justa e correta. Assim, *"a parte não pode ser surpreendida por fatos e circunstâncias a respeito dos quais não tenha tomado conhecimento, vale dizer, não saiba o porquê da decisão"* [13], sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Gustavo Badaró considera que *"o princípio da instrumentalidade das formas equivale ao princípio do prejuízo, pelo qual não se anula o ato se da atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa"* [14]. Por outro lado, nos casos em que há prejuízo evidente, há também a nulidade, pois *"em regra, o não cumprir a forma ou não observar os elementos que integram o ato processual típico causará prejuízo, sob pena de se considerar que o legislador estabeleceu uma forma ou elemento irrelevante e inútil para a consecução do fim que se pretende atingir"* [15].

Badaró ainda aponta que a violação da forma legal caracteriza por si só a nulidade, sem sequer haver a necessidade de comprovação de prejuízo: *"Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo"* [16].

Nesse cenário, ainda parece possível a aplicação, mesmo que analogicamente, da teoria da perda de uma chance probatória no âmbito do processo penal. A perda de uma chance probatória consiste na interrupção antijurídica (omissão, desistência ou indeferimento) do dever de colheita/produção de todas as evidências identificáveis, tangíveis, possíveis e razoáveis, por parte dos agentes públicos, capaz de gerar a perda de uma oportunidade defensiva provável (pleno exercício da ampla defesa e do contraditório) sobre a "suficiência da premissa probatória" (*standard de prova*) [17].

Por todas essas razões, as garantias processuais de caráter intrinsecamente jurídico são aquelas regras do jogo judicial que disciplinam as atividades dos atores do processo para proibir o abuso e permitir-lhes, de fato e em condições de paridade, a busca mediante ensaio e erro, em que se articula a argumentação indutiva [18].

A fim de evitar que comportamentos arbitrários correlatos se perpetuem, é importante que as partes — principalmente a defesa — promovam ações com o fito de demonstrar a (in)suficiência do conjunto probatório, especialmente sobre as provas possíveis, cuja colheita/produção era razoável, mas que tiveram o curso de obtenção interrompido [19].

No Estado democrático de Direito, o devido processo legal significa a exigência de um processo justo. Essa justiça se consubstancia no cumprimento daquilo que está formalmente preestabelecido em lei e no processo, de forma adequada e razoável, para, assim, atingir a sua finalidade primordial, que é a garantia de proteção aos direitos fundamentais [20].

[1] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*



. Florianópolis: Emais, 2021, p. 371.

[2] BADARÓ, Gustavo. In: ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 371.

[3] FERRER-BELTRÁN, Jordi (tradução Vitor de Paula Ramos). *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 56.

[4] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 46-48.

[5] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 41.

[6] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 453.

[7] Nesse sentido: STJ, RHC 139127/SE (2020/0326701-0), Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, p. 02/02/2021.

[8] CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal Comentado: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 780.

[9] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 444.

[10] BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, *Habeas Corpus* nº 0043477-49.2016.4.01.0000, Relator: Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, j. 25/10/2016, p. 24/03/2017.

[11] BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº 419394/CE (2017/0258546-7), Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 05/12/2017, j. 12/12/2017.

[12] CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira, (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 460.



[13] Sanchs-Degenhartigo KommGG, comente. III, 16, GG 103, p. 2022 *apud* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 300.

[14] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p. 814.

[15] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p. 815.

[16] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p. 815.

[17] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 261.

[18] FERRAJOLI, Luigi (vários colaboradores; vários tradutores). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.124.

[19] ROSA, Alexandre Moraes. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Emais, 2021, p. 265.

[20] CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira, (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 461.