

# A URGÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

**Belmiro Pedro Welter**  
**Nilton Kasctin dos Santos**

## 1.- INTRODUÇÃO

Quanto à urgência da prova testemunhal, habitam na comunidade jurídica brasileira três entendimentos manifestamente divergentes: 1º) só há prova urgente naqueles casos em que a testemunha está doente, com idade avançada ou na iminência de ausentar-se da comarca; 2º) depende das circunstâncias do caso concreto; 3º) a prova testemunhal é sempre urgente.

A Lei número 9.271/96, alterando o que dispunha o artigo 366 do Código de Processo Penal sobre a revelia, além de estabelecer que "ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional", acrescentou: "podendo o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes".

Já no limiar da vigência do dispositivo inovado, surge a seguinte indagação de juristas e operadores do direito a respeito da interpretação da parte final dessa norma: prova testemunhal é prova urgente?

Não sem estarmos ancorados no pensamento de respeitadíssimos juristas e na própria lei posta, pensamos que sim. Por conseguinte, a produção dessa prova não poderá ficar condicionada à retomada do curso procedimental, devendo ser efetivada imediatamente.

A seguir, serão esboçadas algumas razões para comprovar que a prova testemunhal é sempre urgente, seja porque essa prova ostenta enorme valor probatório, seja pelas ocorrências de situações fáticas na vida forense, seja pelas incertezas sobre o futuro da vida e da saúde da testemunha, seja pelo risco do esquecimento social, seja pela dificuldade na localização da testemunha, seja pela inconstitucionalidade do tratamento jurídico entre acusação e defesa.

## 2 - O VALOR DA PROVA TESTEMUNHAL

Não há qualquer dúvida sobre o imenso valor da prova testemunhal, mormente em processo penal. Somente em hipóteses excepcionais é que se pode pensar no êxito de um processo sem testemunhas. O melhor seria dizer que é praticamente impossível obter a condenação criminal de alguém sem a produção eficaz da prova testemunhal.

Bem já disse o mestre Tourinho Filho:

"A prova testemunhal, principalmente no processo penal, é de valor extraordinário, pois, dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova [...] Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nela reside seu fundamento". (p. 263)

Ora, sendo a prova testemunhal "uma necessidade" e "de valor extraordinário" fica muito fácil entender que, para resguardar a eficácia de sua produção, devem ser tomadas todas as cautelas necessárias, sempre com a máxima urgência, evitando a perda dessa imprescindível prova do direito penal.

## 3 - O FUNDAMENTO LEGAL

O artigo 92 do Código de Processo Penal, abrindo o capítulo que trata das questões prejudiciais, em sua parte final, diz expressamente ser a inquirição de testemunhas prova urgente ("sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente").

Em brilhante ensaio a respeito do tema, assim escreveu Jorge Assaf Maluly, ilustre promotor de Justiça do estado de São Paulo:

"A interpretação gramatical do artigo 92 torna indubioso que o Estatuto Processual considera a inquirição das testemunhas uma prova de natureza urgente, que ficaria prejudicada com a paralisação do feito. E não haveria de ser de outra maneira. O depoimento testemunhal, para a prova dos delitos, é uma das mais preponderantes. No entanto, sofre também limitações na sua valoração pelo julgador. As condições da pessoa que testemunha e exterioridades aumentam ou diminuem o

seu valor. Espinola Filho bem recordou a "solene proclamação de Marconi e Marongiu" (La Procedura Penale Italiana, vol. 1<sup>a</sup>, 1931, p. 431), "as testemunhas se pesam e não se contam..." (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Tomo I, Volume III, Editora Rio, 6<sup>a</sup> ed.) (Maluly, p. 8)

Não se pode olvidar que até mesmo o nosso Código de Processo Civil prevê objetivamente hipóteses exemplificativas em que a prova testemunhal é urgente, quando trata do instituto da produção antecipada de provas, em seus artigos 846 e 847.

#### **4 - SITUAÇÕES PRÁTICAS**

O ensaísta anteriormente referido, à guisa de uma argumentação de cunho prático, lembra que boa parte da prova testemunhal pode ser totalmente perdida se não produzida em curto espaço de tempo. Para tanto, coleciona alguns exemplos do cotidiano forense. Transcreva-se parte do arazoado:

"Por outro lado, a experiência forense demonstra que inúmeros depoimentos são perdidos em razão do decurso do tempo. Policiais militares e civis, por exemplo, que atendem a inúmeras ocorrências no dia-a-dia e que não raras as vezes são as únicas testemunhas, não podem deixar de ser ouvidos antecipadamente, sob pena de se despojar o processo do único elemento de prova possível. Em outras situações, detalhes ou percepções poderão ser esquecidos, retirando do depoimento a exatidão necessária para a prova do fato criminoso". (Maluly)

Comungando do mesmo entendimento, arrolemos outros casos hipotéticos justificadores da tese segundo a qual a prova testemunhal é sempre urgente:

#### **4.1 - Incertezas sobre o futuro da vida e da saúde da testemunha**

O Código de Processo Civil, no seu artigo 847, ao cuidar da produção antecipada de prova, admite a inquirição de testemunha até mesmo antes da

propositura da ação, se, "por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor".

Essas causas autorizadoras da antecipação da prova elencadas pela lei processual civil referem-se a hipóteses em que o processo esteja em pleno curso, ou em que ainda não houve ajuizamento da demanda. Pensando em termos de processo penal, especificamente no que dispõe o artigo 366 do Código, conclui-se, com segurança, que a produção antecipada da prova oral é sempre necessária, independentemente da idade ou do estado de saúde da testemunha, pois o processo, aqui, está suspenso por tempo indeterminado. Isto é, mesmo que a testemunha conte apenas trinta anos de idade, por exemplo, ao tempo da suspensão, poderá vir a morrer por senilidade, aos noventa anos, sem que o processo tenha retomado o seu curso, já que, frise-se, a suspensão é sempre por tempo indeterminado, ficando a retomada do fluxo procedimental condicionada ao aparecimento do acusado.

Pensemos mais um argumento, exagerado: qual o ser humano que, mesmo saudável hoje, poderá ostentar uma garantia de que estará vivo ou em gozo de capacidade mental no dia de amanhã? E mais: nos casos de crime organizado, em que há eliminação ou intimidação de testemunhas, quando os autores percebem que estão prestes a serem alcançados pela Justiça?

Além disso, tenha-se em vista que o testemunho é absolutamente pessoal, não havendo hipótese de sucessão.

#### **4.2 - O Esquecimento Social**

Sem dúvida, o esquecimento social é um dos grandes fatores por que muitos acusados são absolvidos, à medida que o melhor testemunho é aquele colhido quando ainda o fato está bem vivo na memória da testemunha. E isso é tanto mais possível quanto mais perto da data do fato for o momento do testemunho.

Mas, além disso, é importante lembrar que, quanto mais próximo do dia do crime for o momento da produção dessa prova, mais acentuados são o senso e o desejo de justiça da testemunha, o que faz brotar uma espécie de auto-exigência de comprometimento com a verdade.

É comum, no dia-a-dia social, testemunhas ouvirem aconselhamentos no sentido de mitigare a verdade sobre o fato, dizendo deste somente generalidades, para que do ato de testemunhar não surjam eventuais complicações. Por isso é que, imbuídos desse desejo de descomprometimento em relação ao fato criminoso, muitas testemunhas, evasivamente, declaram que já não mais lembram de detalhes. Ora, se o depoimento ocorrer ainda no calor do evento criminoso, é lógico que essa desculpa não será aceita pelo magistrado, que deverá suspeitar de falso testemunho.

Todavia, se o fato já se passou há tempo, nada mais resta a fazer, que não acreditar, pelo menos formalmente, na palavra da testemunha, posto que mentirosa. O que ocorre, na verdade, nessa hipótese, é que a testemunha já esqueceu um pouco a mágoa social engendrada pelo cometimento do delito. *Mutatis mutandis*, perdeu a vontade, perdeu o interesse de ver concretizada a justiça, visto que o custo de dizer a verdade, agora, pode ser maior que o benefício propiciado pelo senso de justiça.

#### 4.3 - A Dificuldade de Localização da Testemunha

Em virtude da situação econômica da população, ocorre, há décadas, intensa migração de pessoas para os centros urbanos maiores, em busca de trabalho. As pessoas que assim se deslocam são, em maioria, aquelas que procuram os bairros mais pobres das cidades, sabidamente onde ocorre o maior número de homicídios, *v. g.*, crimes que dependem, sempre, de prova testemunhal convincente.

Outro exemplo, mais marcante, são os casos em que as testemunhas são pessoas de residência itinerante, nômades, como as prostitutas e os ciganos. Já houve caso de homicídio praticado na zona do meretrício na Comarca de Giruá, por exemplo, cujas testemunhas - prostitutas -, decorrido apenas um ano do fato, não mais foram encontradas, apesar de todo o esforço empreendido.

Jorge Assaf Maluly, apoiando-se na doutrina de Tourinho Filho, professa que

“o tempo, dentre outras causas, internas ou externas, pode levar o indivíduo, ainda que queira dizer a verdade, a desvirtuar os fatos”.  
(Maluly, o grifo é nosso)

Proseguindo em sua doutrina, o mestre Fernando da Costa Tourinho Filho articula que “não se suspende a fase introdutória na sua totalidade”. Diz a Lei: sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e das outras provas de natureza urgente. Assim, deve o Juiz ouvir as testemunhas, “mesmo porque a solução do cível pode demorar, e um depoimento tomado tardiamente perde, inegavelmente, todo aquele vigor probatório” (Tourinho Filho, o grifo é nosso).

Álvaro Busana sufragava a mesma tese ora esposada, nos termos seguintes:

“De fato, o risco de perda da prova testemunhal é ainda mais evidente, pois a retomada do processo depende da descoberta do réu citado por editais e sem defensor constituído, o que é, em princípio, muito mais difícil do que a mera apreciação da questão prejudicial, a qual é da exclusiva competência do Poder Judiciário e, eventualmente, contará a decisiva contribuição do Ministério Público (CPP, art. 92, par. único, e art. 93, par. 3º).

Por outro lado, se já existe no Código de Processo Penal fórmula específica para enfrentar o problema das provas urgentes em causas judiciais, cuja suspensão indefinida seja obrigatória, não se percebe razão para abandoná-la em relação aos acusados revéis, estabelecendo, num único estatuto legal, duas maneiras de solucionar uma situação substancialmente idêntica.” (apud Maluly)

Diante dessas razões, claro está que a regra da suspensão do processo, ditada pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, não pode autorizar a suspensão de toda a instrução probatória, devendo esta, obrigatoriamente, prosseguir, pelo menos relativamente à prova testemunhal.

O fato de permanecer suspenso também o fluxo do prazo prescricional é insuficiente para a concretização da justiça, do ponto de vista social, já que a suspensão do processo se dá por tempo indefinido.

É necessário observar que a Filosofia do Direito e a Criminologia sustentam que, para a manutenção da própria ordem social, as normas jurídicas devem ter garantida a sua eficácia, devem produzir efeitos no mundo fenomênico, pois é exatamente para esse fim que existem. Em Kelsen, temos a seguinte visão:

“Em determinadas circunstâncias, a eficácia da norma, que consiste em que esta em geral é cumprida e se não cumprida é aplicada, é condição de sua própria validade”. (p. 177-8)

Miguel Reale, lecionando sobre o mesmo tema, disserta:

“A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz. Essa perspectiva é que dá sentido ao direito como tendo caráter de força social propulsora que visa a proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade.” (Reale, p. 112-3)

Esse ponto já fora tratado com muita sabedoria por Teori Albino Zavascki, eminente juiz do Tribunal Regional Federal da Quarta Região e respeitado professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

“As normas do direito têm, por sua própria natureza, uma vocação prospectiva e transformadora da sociedade. Visto sob este enfoque, o direito somente alcançará efetiva realização quando operar transformações no plano da realidade, aproximando-a do ideal normativo. Caberá, portanto, aos operadores do direito e, de modo especial, ao Poder Judiciário - que é seu operador por excelência - interpretá-lo e aplicá-lo pelo modo que proporcione, em grau o mais elevado possível, os resultados sociais previstos idealmente pelo legislador. Com isso e só assim o direito estará consagrado como um instrumento legítimo de regulação do Estado e da sociedade.” (Eficácia Social da Prestação Jurisdicional)

Fazendo incidir esse entendimento em Direito Penal, tendo-se em vista a norma do artigo 366 do Código de Processo Penal, fica fácil perceber que qualquer norma penal poderá tornar-se ineficaz, caso não se implemente, mesmo suspenso o feito, a produção da prova testemunhal, que é sempre urgente. Em ocorrendo isso, estar-se-á comprometendo a própria finalidade da norma penal, retirando-se-lhe a validade.

## 5 - OFENSA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA

### 5.1 - Os Direitos do Acusado

De acordo com o artigo quinto, inciso LXIII, da Constituição Federal, “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Já o inciso LV do artigo quinto da Carta Magna informa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dentro do direito à ampla defesa e ao contraditório encontra-se o direito de silenciar. Com isso, o acusado não é obrigado a falar no interrogatório, nem a comparecer às audiências ou sessões de julgamento, mantendo-se revel. Em qualquer caso, nunca ficará sem defesa técnica.

Conforme dispositivo constituinte, se o acusado permanecer calado no interrogatório, ou se não comparecer nos atos processuais, mesmo devidamente citado, resulta a presunção de renúncia ao direito de formatar a autodefesa, não desejando, assim, dar, de viva voz, a sua versão dos fatos em julgamento.

Eventualmente, poder-se-á argüir que, sem a presença do acusado em audiência, fica comprometida a defesa pessoal e, por consequência, a ampla defesa. Esse entendimento, não obstante, deve ser afastado de plano, por dois motivos:

a) é o próprio acusado quem renuncia à defesa pessoal, visto que, ao praticar um fato delituoso, sabe que será processado e, se permanece em lugar incerto e não sabido, está renunciando ao seu direito da autodefesa, não desejando, assim, dar, de vida voz, a sua versão do fato em julgamento;

b) embora a sua ausência implique revelia, o acusado jamais ficará sem a defesa técnica, garantindo-se-lhe, assim, a ampla defesa e o contraditório.

## 5.2 - Os Direitos da Acusação

Vistos os direitos do acusado, passa-se a perulstrar os direitos da acusação e da sociedade. Nesses direitos, alguns princípios são lembrados na seara doutrinário-jurisprudencial: 1) princípio da verdade real; 2) princípio da igualdade processual; 3) princípio da garantia da paz social e da independência dos poderes.

### 5.2.1 - O Princípio da Verdade Real

Decorre do princípio da verdade material, de acordo com o escólio de Julio Fabbrini Mirabette:

“O dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex-officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.” (Mirabette, p. 44)

No mesmo diapasão, o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho, em glosa ao que foi ensinado por Fenech:

“A função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer-se valer em frente àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença.” (Tourinho Filho, p. 37)

### 5.2.2 - Princípio da Igualdade Processual

Nesse princípio, inscrito na Lei das Leis, as partes (acusação e defesa) ostentam os mesmos direitos: à acusação deve ser concedido o direito de provar a culpa do acusado, já que à defesa está assegurado o direito ao contraditório e à mais ampla defesa. No caderno probatório deve, pois, caminhar a igualdade entre a acusação e a defesa, para que ambas permaneçam num mesmo plano processual.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, do princípio do contraditório decorre o princípio da igualdade processual, ou seja:

“A igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste

na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.” (Mirabette, p. 44)

### 5.2.3 - O Princípio da Garantia da Paz Social e da Independência dos Poderes

Tomam-se em comodato, novamente, as lições doutrinárias de Júlio Fabbrini Mirabette, o qual demonstra a necessidade de reinar a paz social após o rompimento da tranqüilidade pelo cometimento de crime, porque deve vigor (a) “O Princípio político, possibilitando-se a máxima garantia social dos direitos com o mínimo sacrifício individual de liberdade, atribuindo-se força para o processo no sistema de equilíbrio dos poderes do Estado e da garantia de direitos da pessoa; (b) o princípio econômico, evitando-se que o processo seja tão dispendioso a ponto de comprometer o seu objeto ou discriminar os poderes na obtenção da Justiça”. (Mirabette, p. 50)

Destarte, a prova testemunhal é urgente. E, como tal, deve ser obrigatoriamente colhida, mesmo suspenso o processo com relação às demais disposições da Lei número 9.271/96, sob pena de ofensa ao artigo quinto, inciso LV, da Constituição Federal, à medida que deve residir nos autos a igualdade de tratamento entre as partes, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Ministério Público e o acusado são partes no processo penal, pelo que, se ao acusado estão assegurados constitucionalmente o contraditório e a ampla defesa (artigo quinto, LV), também ao Ministério Público devem ser conferidos os mesmos direitos, porquanto essa norma constitucional não é dirigida somente ao acusado, mas, também, ao Ministério Público, pois refere:

“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”.

Então, o artigo quinto, LV, da Magna Carta, não se aplica somente ao acusado, mas, também, ao outro litigante do processo penal, que é o Ministério Público.

E, logicamente, não haverá igualdade constitucional e processual se a uma das partes não for dado o direito de produzir, de imediato, a prova testemunhal, visto que a suspensão da produção dessa prova, nos processos suspensos aos citados por edital, fará com que praticamente todos os acusados sejam absolvidos por absoluta falta de provas.

## 6 - CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que a prova testemunhal é sempre urgente, seja porque nela reside elevado valor probatório, seja pelas ocorrências de situações fáticas da vida forense, que reclamam a inquirição de testemunhas, seja pelas incertezas sobre o futuro da vida e da saúde da testemunha, seja pelo risco de esquecimento social, seja pela dificuldade na localização da testemunha com o transcurso de certo lapso temporal, seja pela inconstitucionalidade do tratamento jurídico desigual entre acusação e defesa, seja, enfim, porque no processo penal devem habitar os princípios da verdade real, da igualdade processual, da paz social e da independência dos poderes.

Em decorrência, quando a Lei número 9.271/96, que alterou o artigo 366 do Código de Processo Penal, refere que, ao citado por edital, o processo ficará suspenso por prazo indeterminado, podendo o Juiz autorizar a produção da prova urgente, deve-se entender que esse poder do Juiz é um *poder-dever* na produção da prova testemunhal, à medida que, conforme vimos, essa prova é considerada de cunho sempre urgente.

## BIBLIOGRAFIA

- ÁLVARO BUSANA, citado por MALULY (Ibidem).  
KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre : Fabris, 1986. pp.177-8.  
MALULY, Jorge Assaf. *Provas Urgentes e o Depoimento Testemunhal*. *Boletim IBC Criminal*, 52, mar., 1997, p.08.  
MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 4.ed. Atlas, 1995. p. 44.  
\_\_\_\_\_. *Op. cit.*, p. 44.  
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7.ed. Saraiva, 1980. p.112-3.  
TOURINHO FILHO, em *Processo Penal*. 11.ed. Saraiva, 1989. p.263. V.3.  
\_\_\_\_\_. *Op. cit.*, p. 37.  
WELTER, Belmiro Pedro. *Temas polêmicos do direito moderno*. [Datilografado].  
ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista da UFRGS*, Porto Alegre, n.1, v.9, p. 248-53.