

## Opinião: É ilegal obrigar defesa a informar o que dirão testemunhas

A situação tem sido cada vez mais corriqueira na Justiça Criminal: alguém é denunciado por um crime e, em Resposta à Acusação, arrola suas testemunhas, dentro do limite legal. Em seguida, na decisão que ratifica o recebimento da denúncia, o magistrado determina a intimação da defesa para que explique sobre a necessidade de se ouvir todas as testemunhas, se são “dos fatos” ou de antecedentes, e sobre o que falarão durante a instrução.

Indo direto ao ponto, a proposta do presente artigo é provocar a seguinte reflexão: determinações como a acima exemplificada não subverteriam toda a lógica e sistemática do processo penal, fazendo com que, na prática, a defesa se veja obrigada a informar nos autos a prova que pretende produzir antes mesmo de o Ministério Público ter iniciado sua produção probatória?

Imagine-se que a defesa de um acusado arrole algumas testemunhas em sua resposta à acusação. Em seguida, o juiz da causa, ao rejeitar a resposta apresentada, afirma em seu despacho de confirmação do recebimento da denúncia que “as testemunhas de antecedentes não serão ouvidas por este juízo”, pois considera esse tipo de prova “irrelevante, impertinente ou protelatória”, e assim determina a intimação da defesa para que “indique as testemunhas presenciais cujas oitivas seriam imprescindíveis para o esclarecimento dos fatos”. Ao nosso ver, este proceder (repita-se, cada vez mais corriqueiro nos feitos criminais do dia a dia), não encontra guarida no moderno processo penal, na medida em que se rompe com a essência do sistema acusatório.

Isso porque, obrigar a defesa a informar nos autos que prova suas testemunhas arroladas poderão fazer no curso do processo *é inverter toda a lógica processual penal*. Sim, porque processualmente falando *acusação e defesa nunca estarão em completa paridade de armas*. Nenhum advogado do país jamais poderá se comparar ao gigantesco e estruturado Ministério Público, que conta com milhares de promotores, analistas e funcionários, além de contar com aparelhagens institucionais que possuem informações sigilosas.

Sobre o tema, vale transcrever a doutrina do professor Gustavo Henrique Badaró no tocante à diferença entre “igualdade formal” e “igualdade substancial”:

“A igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Todavia, a realidade demonstra, de forma inconteste, que os sujeitos são substancialmente desiguais e *esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há o Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição*. (...) É de reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. *A defesa se coloca em uma posição de desvantagem na fase de investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes de provas*. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais, estruturados para tanto. Por outro lado, a defesa deve desenvolver sua investigação com as próprias forças. O problema se mostra ainda mais sensível se considerar que a imensa maioria dos acusados e investigados é pobre e não tem condições de desenvolver qualquer atividade

---

investigativa”[1] [grifos nossos].

Diferentemente do Processo Civil, em que as partes possuem, via de regra, forças iguais, *no Processo Penal o réu sempre estará em desvantagem probatória*. Aliás, até mesmo no Processo Civil, quando se percebe que as partes não possuem a mesma força, mudam-se as regras de ônus de prova para se tentar equilibrar um pouco a balança (como ocorre no Direito do Consumidor, com a inversão do ônus probatório).

O Processo Penal também em muitos momentos tenta equilibrar a balança em favor do réu. Não é à toa que os embargos infringentes são recurso exclusivo da defesa. Não é à toa que a defesa pode optar por apresentar sua versão dos fatos apenas em alegações finais, após produzida toda a prova acusatória.

Não é à toa que a defesa sempre fala por último. Isso tudo porque, ainda na lição de Badaró, “*Deve ser buscada uma igualdade substancial*. É insuficiente proclamar que todos são iguais. *É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade*”.

Assim é que, diferentemente do Processo Civil, em resposta à acusação o réu *pode* alegar tudo o que quiser, *mas não precisa*. Tão diferente do Processo Civil, em que os pontos não expressamente contestados tornam-se preclusos e consideram-se verdadeiros.

E isso é uma garantia do réu. O direito de percorrer a instrução, enquanto a acusação produz sua prova, sem abrir absolutamente nada de sua defesa. Ou seja, garante-se ao réu o direito de não abrir sua defesa antes de a acusação terminar de produzir a sua prova. Faz parte do jogo processual penal. Faz parte da essência do sistema acusatório.

É por isso que decisões que obrigam a defesa a informar quais provas pretendem produzir com a oitiva de determinada testemunha são ilegais. Porque obrigam a defesa, sem previsão legal, a expor sua linha defensiva antes de o Ministério Público produzir sua prova. E, se o órgão acusador sabe qual será a linha da defesa, estará melhor preparado para caminhar durante a instrução.

A balança precisa ser desequilibrada em favor do réu, porque o processo se inicia com a balança já desequilibrada em favor da acusação. Do contrário, falaríamos de uma paridade de armas de mentira, uma igualdade de condições apenas formal.

Por derradeiro, é importante ressaltar que ainda que todas as testemunhas arroladas pela defesa sejam meramente de antecedentes suas inquirições não poderiam ser obstadas pelo magistrado apenas por ostentarem essa condição, à vista dos vários dispositivos e institutos do Código Penal que demandam análise de prova a respeito da vida pregressa do acusado.

Exemplos são o artigo 44, inc. III, sobre a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade e em pena restritiva de direito; o artigo 59, no tocante às circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente; o art. 66, que trata da atenuante genérica; o artigo 83, parágrafo único, que cuida dos requisitos para concessão do livramento condicional, e etc. (para ficarmos somente no plano do Código Penal).

Portanto, que seja facultado à defesa, durante a instrução probatória, a desistir de algumas testemunhas quando perceber que a prova que pretendia fazer com a testemunha Y já foi produzida com a inquirição da testemunha X.

O que é inaceitável é a subversão total do sistema acusatório que vigora no processo penal moderno, obrigando-se a defesa a informar ao Juízo (e, conseqüentemente, ao Ministério Público), a linha defensiva que seguirá, mesmo antes de iniciada a produção probatória por parte do órgão acusador.

---

1 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª edição, São Paulo, Editora RT, 2015, p.55-56.

**Date Created**

29/11/2017