

A testemunha amiga da defesa e a testemunha de defesa

29/04/2025

O processo que trata da tentativa de golpe segue produzindo interessante material para análise da comunidade jurídica. Após recebida a denúncia contra os acusados de integrar o núcleo central da trama golpista de 2022, o ministro Alexandre de Moraes determinou a citação dos acusados na Ação Penal nº 2668 [1], afirmando que “as testemunhas arroladas deverão ser apresentadas pela defesa em audiência, independentemente de intimação”. No mesmo ato, indeferiu “a inquirição de testemunhas meramente abonatórias, cujos depoimentos deverão ser substituídos por declarações escritas, até a data da audiência de instrução”.

A questão envolvendo testemunhas abonatórias é corriqueira na prática jurídica. Despacho padrão de processos penais, costuma-se intimar a defesa a substituir depoimentos dessa natureza por declaração escrita. Todos sabemos que uma pessoa de boa índole e trabalhadora pode matar. E alguém perverso pode ser vítima de um crime. O abono de conduta tem pouca serventia, valendo, quando muito, para neutralizarem-se circunstâncias judiciais da pena (artigo 59 do CP). Nesse particular, efetivamente não faz muito sentido arrolar alguém para afirmar que o réu é trabalhador e boa pessoa.

Porém, há um limite muito tênue entre uma testemunha meramente abonatória e alguém que, além de ter essa condição, também possa depor sobre circunstâncias de um delito. Um réu processado por lavagem de dinheiro pode ter interesse em produzir prova testemunhal dando conta de que sua vida profissional foi sempre desenvolvida de forma lícita e mediante a aquisição de patrimônio anterior ao fato imputado. Um médico acusado de imperícia em procedimentos cirúrgicos tem legitimidade para arrolar testemunhas que atuaram com ele em outros procedimentos, a fim de atestarem a lisura de sua conduta profissional pretérita.

Não há problema em substituir-se depoimento abonatório por declaração escrita. A questão é que quem tem condições de decidir se acata referida intimação, ou não, é a defesa. E se a defesa decidir insistir na tomada de depoimento da testemunha perante o juízo, então não se poderá impedir a realização do ato por tal circunstância, sem ao menos ser colhido o depoimento. Até mesmo porque só assim é que se terá conhecimento de sua efetiva natureza. Testemunha abonatória é, de uma maneira geral, aquele que é “amigo do réu”.



Mas a decisão do ministro Alexandre de Moraes trouxe uma segunda consequência acerca do direito à prova (testemunhal): o indeferimento prévio da intimação formal das testemunhas arroladas pela defesa, impondo-lhe o dever de conduzi-las à audiência por seus próprios meios. A premissa seria a de que toda testemunha de defesa seja uma testemunha amiga da defesa. Alguém que o réu tem em seus contatos de Whatsapp, em suas redes sociais. É o *direct* como ato processual. Com alguns emojis, o réu manda uma mensagem para o seu amigo com aquele pedido que causa gastrite em qualquer pessoa: “você se importaria de prestar depoimento numa ação penal a que eu respondo?”.

Limites e garantias

Na prática da advocacia, a gente sempre orienta o cliente a não perguntar, com antecedência, se alguém de suas relações poderia prestar depoimento em seu processo. A gente intima e depois conta. Ninguém gosta de falar na frente de um juiz. A determinação de que a defesa leve a testemunha desencadeia relevante e urgente debate sobre os limites e garantias da produção probatória no processo penal, ao mesmo tempo em que evidencia a assimetria estrutural entre as prerrogativas da acusação e os direitos da defesa.

A prova, enquanto instrumento utilizado pelos sujeitos processuais (acusação, defesa e juiz) para a comprovação dos fatos, ocupa posição central na formação do convencimento judicial e na definição da responsabilidade penal. Trata-se de elemento estruturante do devido processo legal e da garantia de um julgamento justo, regida por princípios constitucionais e processuais que buscam conciliar a efetiva apuração da verdade com a proteção dos direitos fundamentais do acusado.

No sistema acusatório, cabe à acusação o ônus de provar o crime imputado. O acusado, por sua vez, tem o direito de se contrapor à pretensão acusatória, exercendo o direito de defesa. Tem-se, assim, a satisfação da pretensão acusatória e do direito de defesa, enquanto binômio orientador da produção probatória no processo penal.

Não sem razão, o artigo 396-A do Código de Processo Penal estabelece que, na resposta à acusação, “o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, **quando necessário**”.

O problema está em interpretar-se o “quando necessário” segundo uma conveniência do juízo, e não da defesa. Quem advoga na área, sabe que frequentemente submetemos testemunhas ao juízo independentemente de intimação. É uma forma transparente e respeitosa de atuar no jogo



processual. Porém, a necessidade, ou não, de intimação pessoal da testemunha passa por um juízo de valor exclusivamente à disposição da defesa. Basta identificar o sujeito da oração descrita no art. 396-A para ficar bem claro a quem é dada a legitimidade da avaliação. “Testemunha de defesa” significa, apenas, uma testemunha que é arrolada pela defesa, mesmo que não seja “amiga da defesa”.

A decisão do ministro Alexandre de Moraes, além de contrariar a regra processual, também vai de encontro a entendimento firmado pelo STJ. Não iremos entrar, aqui, numa discussão hierárquica entre STF e STJ. Não é disso que se trata. Estamos falando no respeito — ainda que não vinculante — a uma interpretação jurisprudencial da legislação infraconstitucional.

O STJ, em recente decisão, fixou a tese de que: “o indeferimento do pedido da intimação de testemunhas de defesa pelo juízo criminal baseada unicamente na ausência de justificativa para a intimação pessoal, previsto no artigo 396-A do CPP, configura cerceamento de defesa e infringe os princípios do contraditório e da ampla defesa” [2]. Algo bem óbvio sendo dito.

No julgamento paradigma (REsp n. 2.098.923/PR) [3], o ministro Ribeiro Dantas apontou que o indeferimento de intimação das testemunhas defensivas “compromete o equilíbrio processual e viola o direito à ampla defesa”, salientando três questões que se mostram especialmente relevantes: (i) a inabilidade da defesa para convocar as testemunhas “sob a égide de uma intimação formal judicial”; (ii) a ausência de intimação formal impede que o não comparecimento da testemunha ao ato possa ocasionar a condução coercitiva desta ou, ainda, possa ser-lhe aplicada multa ou outra das medidas dispostas no artigo 219 do CPP; (iii) a convocação direta de testemunhas pela defesa pode influenciar seus depoimentos, apesar das advertências legais, podendo “acarretar danos significativos ao processo, comprometendo sua integridade e a busca pela verdade material”.

A primeira questão revela-se de fácil compreensão. É evidente que a defesa não dispõe de instrumentos formais capazes de intimar testemunhas e compeli-las a comparecer em juízo para depor sobre fatos relacionados à prática de um crime. Em primeiro lugar, porque, diferentemente do juiz e do Ministério Público, o advogado de defesa não é detentor de poder coercitivo, tampouco integra órgão público que detenha autoridade para impor o comparecimento de terceiros ao processo penal.

Em segundo lugar, soma-se a essa limitação a relutância natural da testemunha em prestar declarações sobre crimes, por vezes envolvendo indivíduos conhecidos, potencialmente perigosos ou influentes. Há, ainda, casos em que a defesa busca a oitiva de pessoas com as quais não mantém qualquer vínculo, frequentemente ocupantes de cargos públicos, cuja tomada de depoimento se justifica em razão de suas funções institucionais.

Tome-se como exemplo uma acusação de crime contra o sistema financeiro nacional, consistente em operar, sem autorização legal, instituição financeira (artigo 16 da Lei 7.492/86). Nesse caso, o réu pretende que seja ouvido um auditor do Banco Central, a fim de esclarecer questões técnicas sobre os fatos imputados. Contudo, não possui qualquer contato com a testemunha e, muito menos, poder de intimá-la a comparecer em juízo, restando-lhe apenas indicar o cargo e o setor onde presume que o profissional exerça suas funções.

O segundo ponto evidencia, com nitidez, a violação ao direito de defesa: caso a testemunha, convidada exclusivamente pela defesa, não compareça ao ato processual, não haverá qualquer medida coercitiva passível de aplicação — seja condução coercitiva, artigo 218 do CPP, multa ou outra das sanções prevista no artigo 219 do CPP — resultando, de forma inevitável, na perda da prova pretendida e no esvaziamento do direito à prova.

Por fim, o ministro Ribeiro Dantas também destacou que impor-se à defesa o ônus de providenciar, por meios próprios, o comparecimento da testemunha, fomentaria a situação que se pretende evitar: o contato prévio entre defensor e testemunha, que poderia comprometer a espontaneidade e imparcialidade do depoimento.

O argumento há de ser lido com reservas, pois não há qualquer problema legal ou moral em o réu conversar com sua testemunha antes do depoimento. Isso não só é possível como, muitas vezes, recomendável: a contextualização da acusação para a testemunha pode contribuir para o relato de fatos que interessem à defesa. O que seria ilegal, isso sim, seria a orientação a uma declaração falsa, por ação ou omissão.

A todos esses argumentos, fala-se, ainda, em *par conditio*. Se a acusação possui o direito de arrolar testemunhas para serem intimadas pessoalmente, sem necessitar de justificativa para tanto, então o mesmo direito deve ser assegurado à defesa, sob pena de ocasionar um “desequilíbrio processual que compromete a imparcialidade e a equidade do processo”. Novamente, aqui, Chico e Francisco merecem ser lembrados como sujeitos de tratamento isonômico [4].

O processo de todos os envolvidos na tentativa de golpe de Estado de 2022 é um marco histórico na Justiça brasileira. Não fizemos o dever de casa em outras oportunidades. Todos os escalões que em conluio, cada um à sua maneira, atuaram de forma significativa para a tentativa de ruptura democrática desencadeada no 8 de janeiro devem ser processados e, comprovada a culpa, condenados.

Esse é possivelmente o caso judicial mais relevante desde o restabelecimento de nossa democracia em 1988. Uma decisão justa, transparente e de acordo com as regras do jogo caracterizará a comunicação mais perfeita de que a vigência do ordenamento jurídico deve ser restabelecida. STF, PGR e Polícia Federal, além de outros órgãos, têm desempenhado um papel fundamental para a garantia do regime democrático. Se não fossem tais órgãos, esse artigo, hoje, não estaria sendo publicado.

Porém, quando falamos em restabelecer significativamente a vigência do ordenamento jurídico, estamos nos referindo não apenas às normas incriminadoras que foram violadas pelos autores dos delitos, senão também aos direitos fundamentais que esses mesmos autores tanto desejavam abolir. A verdadeira missão do direito penal, lembra-nos Winfried Hassemer, é a *proteção da consciência social da norma, mediante não só a comunicação de que os crimes praticados são efetivamente punidos, mas, também, de que essa punição sujeita-se a vínculos formais e materiais indisponíveis*. [5]

Façamos, bonitinho, o dever de casa.

[1] STF, AP n. 2668/DF, relator Ministro Alexandre de Moraes, DJE divulgado em 11/04/2025, publicado em 14/04/2025.

[2] STJ, Informativo de Jurisprudência n. 813 – 28 de maio de 2024.

[3] STJ, REsp n. 2.098.923/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 28/5/2024.

[4] V. <https://www.conjur.com.br/2025-abr-15/nicomaco-pau-do-chico-chocolate-e-sumula-7-do-stj/>

[5] HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. por Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirand lo Blanc, 1999, pp. 189-213.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-abr-29/a-testemunha-amiga-da-de-defesa-e-a-testemunha-de-defesa/>