

DA PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS. ACAREAÇÃO

João Alphonsus Guimaraens

Da Procuradoria Geral do Estado de Minas
Gerais

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL :

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de 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 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1.º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2.º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Art. 210. 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.

Art. 211. 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, § 2.º), o tribunal (art. 561), ou o conselho de sentença, após a votação dos quesitos, poderão fazer apresentar imediatamente a testemunha à autoridade policial.

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. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Art. 214. 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.

Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo, fielmente as suas frases.

Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

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 condu-

zida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 219. O juiz poderá impor à testemunha faltosa prisão até 15 dias, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Art. 220. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.

Art. 221. O Presidente da República e seus ministros, os governadores e secretários de Estado, os ministros do Supremo Tribunal Federal, ministros do Supremo Tribunal Militar, desembargadores dos Tribunais de Apelação, ministros do Tribunal de Contas e juizes do Tribunal de Segurança Nacional serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

§ 1.º Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior.

§ 2.º Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no art. 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados.

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz, será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1.º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2.º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

Art. 223. Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

Parágrafo único. Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

Art. 224. As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se pela simples omissão, às penas do não comparecimento.

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I — a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II — a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III — se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV — do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Art. 229. 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.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230. 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, afim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

SUMARIO

- I — Da prova testemunhal.
- II — Quem pode depor.
- III — Do compromisso ou juramento.
- IV — Qualificação da testemunha.
- V — Condições de credibilidade do testemunho.
- VI — Testemunho de crianças.
- VII — A imprensa sensacionalista e sua influência sobre as testemunhas.
- VIII — Hierarquia dos sentidos na fidelidade das percepções.
- IX — Erros, como elementos constantes, no testemunho.
- X — Liberdade no depoimento.
- XI — Depoimento oral e apontamentos.
- XII — Da obrigação de depor.
- XIII — Dos incapazes, das crianças e dos velhos.
- XIV — Pessoas proibidas de depor em razão de função, ministério, ofício ou profissão.
- XV — Segredo.
- XVI — Número de testemunhas.
- XVII — Inquirição.
- XVIII — Contraditar.
- XIX — Redação.
- XX — Atitude do réu.
- XXI — Carta precatória.
- XXII — Intérprete.
- XXIII — Residência da testemunha.
- XXIV — Depoimento "ad perpetuum rei memoriam".
- XXV — Do reconhecimento das pessoas e coisas.
- XXVI — Da acareação.
- XXVII — Do interrogatório.

I — 1. Valho-me da definição de um médico especializado, de um professor a quem a *prova testemunhal* se apresenta, essencialmente, como um problema de psicologia (J. P. PORTO CARREIRO, *Psicologia Judiciária*, Rio, pág. 107): "A prova testemunhal baseia-se no pressuposto de que se deve crer naquilo que alguém relate sobre fato a que esteve presente, ou, secundariamente, a respeito do qual teve notícia. Na impossibilidade de apreciar o juiz o fato sobre que deve dar a sua sentença, é preciso que outras pessoas, que hajam sido presentes, lhe relatem com verdade os pormenores

do acontecido; mas é preciso saber se tais pessoas merecem fé. — A primeira questão, pois, a estudar, é a credibilidade daquele que vem depor em Justiça”.

“Testemunhas são as pessoas que se fazem chamar a Juízo, para declarar o que elas sabem sobre a verdade dos fatos contestados entre as partes” define o projecto PEREIRA E SOUSA, anotado pelo não menos projecto LOBÃO (*Segundas Linhas*, Lisboa, 1827, Parte I, pág. 513). E cita BOHEMER: “*Testes sunt personae fidedignae, hunc in fine productae, ut de eo, quod probandum est fidem faciant*”.

Ou um mestre dos nossos dias: O termo *testemunha*, “na sua acepção restrita ou própria, na técnica judiciária, designa a pessoa idônea, que em juízo vem dizer o que sabe, por si, ou por outrem, do fato litigioso” (GALDINO SIQUEIRA, *Processo Criminal*, 1930, pág. 199).

Persona “fidedigna”, ou pessoa idônea, pode-se dizer que um ou outro adjetivo já não existe, preestabelecidamente, diante do art. 202 do C.P.P.:

“Toda pessoa poderá ser testemunha”.

Permito-me ainda buscar no velho LOBÃO a sua nota 477 (pág. 514) e atualizá-la pela supressão das restrições “quando menos em matéria crime”:

“Todas as pessoas de um e outro sexo podem ser testemunhas”... (“não sendo expressamente proibidas”).

— “Todo o homem, que não é nem louco, nem fátuo; todo o homem, que tem ligação nas idéias, e do qual as sensações são conformes as dos outros homens, pode prestar testemunho”... (“contanto que ele não tenha interesse para ocultar, ou alterar a verdade”).

II — 2. Abre-se o capítulo das provas, no novo C.P.P., unitário, com aquele dispositivo amplo, abrangente, sem nenhuma cogitação inicial restritiva da valia que possa ter o testemunho de qualquer pessoa. A princípio, a inovação nos impressiona: “Toda pessoa poderá ser testemunha”.

O antigo Código do Processo Criminal principiava o mesmo capítulo dispondo que “as testemunhas serão oferecidas pelas partes ou mandadas chamar pelo juiz *ex-officio*”. Só em artigo posterior falava dos que não podiam ser testemunhas: o ascendente,

marido ou mulher, o parente até o 2.º grau, o escravo, o menor de 14 anos, etc...

Com a República Federativa, observa GALDINO SIQUEIRA, obra citada, pág. 13, foram “investidos ainda os Estados, segundo geral interpretação, se bem que não encontre apoio no texto constitucional, do direito de legislar sobre matéria estritamente processual”.

Lembre-se, de passagem, que JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR acentuava que “os nossos Estados federados querem legilar, não só sobre processo, como sobre direito de agir, inclusive o de promover a ação penal, e sobre condições do exercício da ação, inclusive prisão preventiva, fiança, etc. — Nós, de há muito, sem desfalecimento, vivemos nos batendo contra essa inconstitucionalíssima, clamorosa e perigosa *desintegração* do Direito Nacional. No Supremo Tribunal Federal, diariamente, estamos vendo a contra prova do absurdo dessa pretendida competência privativa dos nossos Estados Federados. Os Estados não podem restringir os termos de recursos, máxime quanto ao termo de interposição, que afeta, não somente o processo, mas o direito de agir e o direito de defesa”. (*O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1920, Prefácio).

Não vamos ressuscitar matéria morta, diante da unificação nacional dos Códigos. Apenas se ensancha observar o seguinte. Com os Códigos P. P. regionais, a parte referente às testemunhas passou a se iniciar com matéria restritiva do testemunho. “Não podem ser testemunhas”... — começa o C. P. P. do Distrito Federal. E o de Minas Gerais: “Não podem ser testemunhas”...

Dir-se-ia que a óbvia prevenção com que se acolhe o testemunho humano, ou o testemunho vivo, no juízo civil, houvesse contaminado o legislador regional, que, convencido principalmente dos perigos que tal prova comporta, ao invés de se orientar no sentido de lhe ampliar o alcance, ou quando menos de lhe proclamar o âmbito importante que tem no crime, cuidou logo de lhe estabelecer as restrições, sem exceção alguma.

3. O que coloquei entre parênteses, naquelas transcrições do praxista, e mesmo a alusão ao louco e ao fátuo, deviam ter desaparecido inteiramente do nosso direito judiciário penal: “Toda pessoa

poderá ser testemunha". E o resto ao juiz, no apreciar ou avaliar o testemunho, dentro do seu livre convencimento.

GARRAUD, cuja voz, de 1909, se atualiza entre nós como se verá, já escrevia: "Tem-se criticado, de resto, a obstinação dos Códigos modernos, sob um regime de livre convencimento, em criar categorias de suspeitos, convidando os juizes e os jurados a não acreditar, ou a acreditar somente pela metade, em determinadas declarações" (*Instruction Criminelle et Procédure Pénale*, Paris, 1909, vol. II, pág. 9).

Assim como se vem insistindo, enfaticamente, que livre convicção não é mero arbitrio, acautelando o perigo que pudesse surgir de julgamentos menos avisados ou mais entusiásticos da inovação, também ao enunciado enfático do art. 202, que suprimiu a distinção entre informantes e numerárias, dando a toda declaração em juízo o caráter de testemunho, se colocou, em artigos subseqüentes, o anteparo tradicional das regras restritivas, não as deixando a critério do julgador (arts. 206-208).

4. Nesse passo, entretanto, o C.P.P. do Rio Grande do Sul, ao que se lê em INOCÊNCIO BORGES DA ROSA (*Manual de Teoria e Prática do Direito Penal*, Porto Alegre, 1922, vol. II, pág. 265), continha dispositivo muito mais amplo do que o do atual C.P.P. unitário: "art. 168. Toda a pessoa é apta para depor. O depoimento tem o crédito que as circunstâncias e as qualidades pessoais da testemunha inspirarem".

O projeto do C.P.P. de 1936, "este já norteadado pelo objetivo de unificação do direito processual penal" (exposição de motivos do Sr. ministro Francisco Campos, ao atual C.P.P., III), continha disposição idêntica, além de já adotar o julgamento por livre convicção, como se lê da exposição de motivos do ministro da Justiça de então, Sr. Vicente Ráo (*Rev. Forense*, vol. LXV, pág. 11): "Outra disposição do Projeto, diga de registo, em matéria de prova, é a que diz respeito à capacidade jurídica da testemunha. Suprime o Projeto as restrições até hoje existentes e determina (art. 244) que toda a pessoa pode depor, tendo o depoimento o valor resultante das circunstâncias e das qualidades pessoais das testemunhas. É sabido que o direito moderno afirma

o preceito da livre convicção do juízo em face das provas. Dai, a inovação contida no texto do art. 244" (1).

Art. 203:

"A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe fôr perguntado"...

III — O Código do Processo Criminal dispunha (art. 86) que — "as testemunhas devem ser juramentadas conforme a religião de cada uma, exceto se forem de tal seita, que proíba o juramento". O texto legal afastava assim a possibilidade de existência do homem incréu, sem religião ou seita.

5. Antigamente (lembra SEYMOUR F. HARRIS, *Principles and Practice of the Criminal Law*, Londres, 1926, pág. 365), antigamente uma pessoa inteiramente desprovida de crença religiosa não podia ser testemunha. Mas agora essa incapacidade se acabou, e está previsto geralmente com relação a compromisso tomado para todos os fins em que a lei o exige, que a toda pessoa que recuse jurar e insista nessa objeção, seja por não ter crença religiosa, seja porque jurar é contrário à sua religião, se lhe permita fazer a afirmação solene na forma prescrita pela lei, em vez de prestar juramento.

Assim se transformou a solenidade do compromisso da testemunha, na conservadora Inglaterra. "Toda testemunha deve prestar juramento, e se a religião do juramento ou se as suas crenças não lhe permitem jurar, bastará uma afirmação solene. Mas nesse caso um falso testemunho é punível da mesma forma como se tivesse havido juramento. A forma varia segundo a confissão da testemunha. Em princípio, o juramento é o seguinte: "Juro, por Deus Todo Poderoso, que o depoimento que vou prestar à Corte e ao Juri, entre o Rei nosso Soberano e o prisioneiro à barra do Tribunal, será a verdade, toda a verdade, somente a verdade" (ÉMILE D. SEITZ, *Les Principes Directeurs de la Procédure Criminelle de l'Angleterre*, Paris, 1928, pág. 273; SEYMOUR, *idem*.

(1) Na segunda referência ao artigo está 124, mas há evidente erro tipográfico da *Revista Forense*.

ibidem; DE FRANQUEVILLE, *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, Paris, 1893, gág. 378).

6. Reportando-me a êsses detalhes do processo inglês que, com o francês, como acentua JOÃO MENDES JUNIOR, obra citada, foram a fonte do nosso Judiciário penal para as diretrizes do Código do Processo Criminal, poderei atingir o C.P.P. do Estado de Minas, o qual, no seu art. 246, exigia: "A testemunha deve dar o seu depoimento sob juramento ou promessa formal de dizer a verdade, toda a verdade e somente a verdade".

Sempre me pareceu relativamente útil essa redundância soleníssima, ainda que muitos juizes, por força do hábito ou da tradição, como presenciei muitas vezes, continuassem a ditar às testemunhas a forma agora consagrada definitivamente: ... "dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado".

Como observação pessoal, acrescento que a parte final do compromisso não somente é desnecessária, mas perigosa, diante da tendência humana para abrir janelas "para o outro lado da moral", afim de ventilar a consciência (MACHADO DE ASSIS, *Memórias Póstumas de Braz Cubas*, Cap. LI): a testemunha pode, sem fugir à letra do compromisso, calar parte da verdade, que não lhe tenha sido perguntada. Aliás, é uma resposta com que pessoa idônea me surpreendeu, depois de ter deposto: Não aludira a determinada circunstância, não porque a esquecera, mas porque não lhe haviam perguntado a respeito.

7. É eloqüente a passagem de J. A. Roux, a respeito do juramento (*Droit Pénale et Procédure Pénale*, Paris, 1935, págs. 343-344): "E, enfim, é legítimo que a testemunha preste juramento antes de depor, afim de despertar sua atenção para a importância do ato que realizar, e para que saiba bem medir suas palavras. Suas declarações, se elas são inexatas, podem perder um inocente ou salvar um culpado. Dupla eventualidade igualmente funesta para a sociedade. Colocando, sob o temor do juramento, suas afirmações, a testemunha mostra que tem consciência da gravidade do ato que realiza; que não se entrega a uma tagarelice, ou a uma conversação ordinária, mas que preenche uma missão social, facilitando a obra da justiça penal".

Infelizmente, o trecho contém uma série dessas expressões que hoje se designa mundialmente de *slogans*. Slogans da justiça penal, que soarão vazio aos ouvidos da maioria dos homens, a quem importa muito mais cada caso concreto, no imediatismo em que vivem.

De CÉSAR CAMARGO Y MARIN, em *El Psicanálisis en la Doctrina y en la Práctica Criminal* (Madri, 1935), Introdução, páginas 13-14: "Outra rotina inútil constituem as perguntas gerais às testemunhas, e até o juramento ou promessa que prestam com maior solenidade e mediante uma fórmula consagrada, apesar de estar provada a eficácia quase nula que isso possui. É que a humanidade, conforme progride, se vai fazendo menos supersticiosa, e aquilo que outrora a intimidava, hoje não lhes causa qualquer impressão. Pelo que, essas fórmulas, que antes podiam se explicar, já não têm razão de ser, uma vez que o homem de consciência age bem, com juramento ou sem ele, e o homem moralmente desprezível agirá sempre de acôrdo com a sua conveniência".

Ensancha para citar ainda um espanhol, Dr. EMILIO MIRA Y LÓPEZ (*Manual de Psicología Jurídica*, Barcelona, 1932, página 152): "Sucede o fato curioso de que as testemunhas mais morais são precisamente as que costumam se impressionar mais diante das ameaças, da severidade e do cerimonial que se desenvolvem durante a inquirição. Pelo contrário, os imorais ou os amorais — aqueles sobre quem na realidade se necessitaria de exercer o estímulo — não reagem nem pouco nem muito diante dele".

O Código do Processo Civil, art. 238, § 2.º, dispõe que "a autenticação do depoimento pela assinatura da testemunha produzirá os efeitos de compromisso". Reduziu-se, assim, ao máximo de simplicidade, a consideração que possa ter a testemunha, no seu fôro íntimo, pela sua dignidade pessoal, ao apor a sua assinatura ao papel onde está escrito o que disse como a expressão da verdade. Aquelas considerações, de CAMARGO Y MARIN e de MIRA Y LÓPEZ, nos levam a concluir que, também no crime, tal simplificação seria aconselhável, de modo geral.

8. Entretanto, surgiria a questão dos analfabetos, com que estão freqüentemente funcionando os juizes do interior — e sobre os

quais o cerimonial do juramento costuma atuar poderosamente, de tal modo a desconsertá-los às vèzes...

Exigia-se "o tacto físico sobre os Evangelhos com a mão direita"... "Daqui vem, que não basta jurarem à vista dos Evangelhos, que não pode jurar aquele que carecer da mão direita" (LOBÃO, obra citada, pág. 536).

Nos Estados Unidos, segundo nos revela a famosa peça teatral *Tobacco Road*, os analfabetos, antes que outrem assine os seus nomes, mesmo num livro de portaria de hotel, tocam solenemente com a mão na caneta, e a assinatura toma assim o caráter de um compromisso pessoal fisicamente transmitido pelo tato. Sem dúvida, aqui se poderia fazer o mesmo... O que se mostra é que é necessário um apêlo a certo cerimonial, para se criar aquela atmosfera veraz dentro da qual o individuo revelará ou repetirá a verdade do que sabe sobre o fato criminoso. Jogando-se com a liberdade humana, o próprio compromisso leigo deve ser revestido de certa solenidade, a qual decorre da própria expressão usada: *sob palavra de honra*, cujo significado é acessível a qualquer mentalidade, culta ou inculta.

9. Mesmo dentro das diferenciações que se vão operando na linguagem falada ou escrita, em Portugal ou no Brasil, essa expressão de dignidade, ou de apêlo à própria dignidade como garantia do vero e do justo, da honra na sua acepção mais alta, não varia, e agora o compromisso solene é o mesmo nos dois países (JOSÉ MOURISCA, *Código de Processo Penal, Anotado, Vila-Nova-de-Famalicão*, 1931, vol. II, pág. 11). "Foi abolido o juramento religioso, que era o ato em que se invocava Deus como testemunha da verdade que se afirmava". Diz o § 1.º do art. 96 do cit. Cód.: "As testemunhas que depuserem no processo tomarão compromisso idêntico, perguntando-lhes o juiz se prometem pela sua honra dizer a verdade, ao que deverão responder afirmativamente". E o anotador: "O juiz faz a pergunta aí indicada e o que presta o compromisso diz apenas: *sim* ou *prometo*".

No nosso C.P.P., exige-se que a testemunha *faça a promessa*, pelo que não será apenas a resposta monossilábica, mas a repetição do que a ela ditar o juiz, de acôrdo com a letra do artigo.

10. Ainda o art. 203 (separo a matéria por letras):

a) "... devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce a sua atividade"...

b) "... se é parente, e em que grau, de alguma das partes, e quais suas relações com qualquer delas"...

c) "... e relatar o que souber, explicando as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade".

IV — CÉSAR CAMARGO Y MARIN, obra cit., pág. 14:

"Tão pouco importa ao juiz saber os anos que tem a testemunha ou o perito, se é casado ou solteiro, a profissão que exerce ou o lugar do seu nascimento. Muito lhe importa, em troca, uma coisa de que descuida por completo: seus antecedentes e conduta; sua maneira habitual de ser ou de pensar; o modo mais ou menos espontâneo com que reage à inquirição; os lapsos reveladores do pensamento subconciente, etc..."

Há, aí, uma exageração; porquanto, se as perguntas gerais da letra a não importam ao juiz, como julgador importam-lhe como organizador do processo, porque são dados relativos à individuação da testemunha. Quanto aos elementos relativos à sua personalidade, que mais importam ao julgador, não se cogita de que o juiz os possa colher diretamente do inquirido, nem seria aconselhável essa colheita direta — da qual o depoente viesse a concluir que se cuidasse de apreciar a êle mesmo e não ao réu em causa.

É certo que, no regime atual, o conhecimento que possa ter o juiz, a respeito da testemunha, de seus hábitos, atitudes, modo de viver, terá uma importância enorme no julgamento por livre convicção. Mas é certo, igualmente, que esse conhecimento tem que ser restrito, dentro do âmbito normal das relações humanas, não dispondo o juiz de meios próprios de investigação, como o auxílio dos *social workers* dos norte-americanos. Quanto à atitude da testemunha, seu modo de depor, de reagir às perguntas, não se pode dizer que o juiz descuidasse disso: é que, se tais circunstâncias não viessem à baila por iniciativa da partes, na contestação do

depoimento por exemplo, antes o juiz evitaria de acentuá-las, como o "espectador inerte" de que fala a exposição de motivos, a não ser que do modo de depor decorressem contradições patentes, consignadas no depoimento. Demais, não sendo, então, quase sempre, o juiz da formação da culpa o do julgamento.

V — 11. Tais considerações envolvem, aliás, a matéria da letra c, quanto às condições de credibilidade do testemunho.

É muito conhecida a aula do professor AFRÂNIO PEIXOTO: *Falibilidade do testemunho*, inserta no seu livro *Novos Rumos da Medicina Legal*, Rio. Ali se referem tôdas as experiências, ocasionais ou voluntárias, sobre as falhas do testemunho humano, desde sir WALTER RALEIGH, VON LISZT, MUNSTERBERG, CARPENTIER, CLAPARÈDE, VARENDONCK, do próprio professor, para concluir com GORPHE: "Nada há de fixo numa testemunha: tudo depende das condições em que se encontrou".

Omnis homo mendax... Contudo, o de que necessitamos não são os dados alinhados mais ou menos ceticamente sobre as lacunas do testemunho; mas de regras, tanto quanto possíveis, gerais, das quais se possa inferir a certeza de um fato, de uma circunstância, de uma pessoa indicada.

Copiando o postulado de que "não há crimes, mas criminosos", direi, por minha conta, "que não há testemunho, mas testemunhas", dentro das reações individuais ao contacto com o fato ou com o inquiridor. Ao próprio LOBÃO já ocorrera dizer que "o uso das testemunhas é infinito, segundo a multidão infinita de acontecimentos, que podem fazer necessária a prova de um fato, quer nas matérias cíveis, ou crimes (obra cit., pág. 514).

12. EVARISTO DE MORAIS, num artigo na *Revista Forense*, vol. LXVI, pág. 670, dá aos advogados *Alguns Conselhos acerca da Inquirição e Reinquirição de Testemunhas no Fôro Criminal*, a começar por isto: "Nem sempre os melhores advogados, os mais eruditos ou os mais eloquentes, são bons inquiridores de testemunhas". Ou ainda: "Não haja dúvidas a respeito: a maior ou menor simpatia pelo patrono do réu influe nos depoimentos..." Dali des-taco apenas uma conclusão geral: "Em regra, quando as testemunhas respondem às perguntas do juiz e do representante do M.P.,

ou da acusação particular, deixam, logo, entrever a sua *tendência*. Raras são as que dissimulam, ou se reservam".

O que aqui se chama *tendência*, bem pode ser o modo com que a pessoa depoente, humana dentro do seu meio, reage aos aspectos do crime ou às condições do criminoso, afastada a hipótese de manifesta parcialidade ou má fé. E tal tendência não escapará igualmente ao juiz perspicaz, nem ao promotor público habituado à inquirição — para se estabelecer o grau de sinceridade do depoimento, ou encaminhá-lo no sentido do máximo de verdade.

13. "O testemunho de uma pessoa acerca de um acontecimento qualquer depende essencialmente de cinco fatores: a) do modo como *percebeu* dito acontecimento; b) do modo como *conservou* sua memória; c) do modo como é capaz de *evocá-lo*; d) do modo como quer *exprimi-lo*; e) do modo como *pode exprimi-lo*" (MIRA Y LOPEZ, obra cit., pág. 137).

Tais fatores variam de indivíduo para indivíduo. Não obstante, quem os tivesse em mente, na ordem da sua enumeração, mesmo sem os elementos de psicologia e de perícia capazes de aquilatá-los, psíquica e fisicamente, até para medir o alcance dos sentidos (como aconselha o autor), dentro da nossa habitual deficiência técnica, — quem os tivesse em mente, seria capaz de dar à *deposição* uma orientação segura, mercê da observação do depoente relativamente aos mesmos fatores.

14. Roux alude, com razão, na obra já citada (págs. 244-245), às deformações do testemunho honesto, às "*testemunhas de boa fé, que alteram inconscientemente a verdade*". Dasquelas que mentem voluntariamente, "é muito fácil se livrar, pois mentir é mais difícil do que se pensa". Das outras, "é, pelo contrário, muito mais custoso se escapar, porque sendo a alteração da verdade inconsciente, e sua honorabilidade ao abrigo de suspeitas, o juiz de instrução não estará prevenido contra seus depoimentos errados".

Cita, em seguida, a experiência de HANS GROSS que, tendo assistido com amigos a uma execução capital, perguntou a êstes, depois, de que cor eram as luvas do carrasco. Uns, responderam que brancas; outras, pretas; outras, enfim, cinzentas. E o carrasco não tinha luvas... Nenhum havia reparado na ausência delas. Num país ou num tempo em que era comum usá-las, pode-se lem-

brar a explicação de MIRA Y LÓPEZ (obra cit., pág. 142): a *influência do hábito na percepção, os automatismos mentais*.

"Mercê do hábito completamos de tal modo as percepções da realidade exterior, que basta que se achem presentes *alguns* dos seus elementos para que nosso juízo da realidade se dê por satisfeito e aceite a presença do todo. Pelos modernos estudos da psicologia da forma, alguém disse que, a rigor, não percebemos a realidade, mas a sua *caricatura subjetiva*".

Voltando a Roux, ou à experiência de GROSS, seus amigos não estavam nem mesmo capacitados para dizer se o verdugo tinha, ou não, luvas: "Seria necessário, para uma resposta negativa, uma perfeita percepção dêsse detalhe da execução, tão facilmente esquecível no horror de ver tombar uma cabeça e quando tódá a atenção estava concentrada na atitude do condenado".

15. Isso nos leva àquele que, num testemunho, pode ser esquecido ou deformado, e àquilo que se conserva integralmente na memória, com possibilidade de ser verazmente relevado em juízo. A psicanálise, no que ela tem de mais terra-a-terra e menos dogmático, fala em recalco, ou repressão, podendo influir na memória de um fato. Opera-se no indivíduo algo que faz lembrar a atitude da criança ou de uma pessoa nervosa que, tendo presenciado a uma cena penosa ou dela participado, se recusa terminantemente a falar no caso, chegando a tapar os olhos ou a esconder o rosto, como se a simples lembrança pudesse provocar o retorno real da abertura por que passara. É o *princípio do prazer*, a tendência do super-ego para rechaçar o desagradável ou o *censurável*, que no íntimo, à revelia da consciência tal como a entendemos, esconde numa zona neutra não só a lembrança de tais cenas, como até os maus pensamentos da pessoa. (Fenômeno facilmente verificável por quem, diante de atos cumpridos ou a cumprir, massantes ou penosos, ou de criaturas desagradáveis, procure superficialmente explicar os seus próprios esquecimentos).

VI — Quanto às crianças, entretanto, pode observa-se que, olhando a vida como espetáculo, com insaciável curiosidade, não têm sempre discernimento para o bem e o mal, precisamente, e nelas a *censura* é externa, do adulto. Ora, a não ser no caso de crianças — diante de cenas brutais, ou dos excessivamente nervo-

sos, ou dos doentes mentais, que se neguem terminantemente a falar no assunto ou finjam tê-lo esquecido (ou o tenham esquecido, campo mais fácil para a repressão), — é certo que o *essencial* de um fato, mórmente de um crime, não chegará a ser acobertado por êsse mecanismo psicanalítico.

Num crime inopinado, de sangue, compreende-se até que as testemunhas presenciais, na rapidez da cena, duvidem se o criminoso usou revólver ou garrucha, contradizendo-se; porém, se alguns falam em arma curta, outros em arma longa, de posição tão diferente de tiro, dizendo todos que *viram os tiros*, já se pode concluir que alguém estará mentindo.

16. Todavia, não é só o essencial que satisfaz ou é necessário à prova: há testemunhas que vêm adiantar apenas uma circunstância que, por certas peculiaridades, se torna importantíssima. Alude PÓRTO CARREIRO (*idem*, pág. 204), como todos os psicanalistas, "ao sentimento íntimo de culpa, de origem infantil e recalco, que desperta ante o estímulo de um fato criminoso concreto. Cada um põe o caso em si"... Ao que podemos retrucar que o criminoso potencial, que a civilização recalca mas complica no homem, a tal sentimento de culpa opõe o de alívio, princípio de prazer, diante do crime de outrem. O que há de perigosamente assustador ou contristador, no mundo moderno, é que a camada de hipocrisia, multissecular, se vai desfazendo. Há uma explicação de *alívio*, no bom humor que costuma ganhar as pessoas que valem um cadáver: antes êle, do que eu, diz a voz do subconsciente...

A curiosidade não é só um dom infantil. Observa-se na rua, o grupo que se forma em torno de um desconhecido que foi ferido, atropelado ou sofreu uma síncope. "Coitado", diz ainda a hipocrisia; mas os olhos estão ávidos para ver, continuar a ver, sem perder um detalhe. Há aí, também, um *princípio*, primário, de *prazer* — que se pode estender, com fixação indelével, a uma simples circunstância comprometedora, relevada pelo próximo, a qual toma, para a testemunha, o caráter de essencial para a sua curiosidade satisfeita e aliviada. É preciso, porém, que ela dê importância à circunstância.

16-A. Observação corriqueira, mas digna de registo, é a atitude das testemunhas que, depondo com sinceridade, com dignidade,

vão relatando o fato, ao mesmo tempo que não podem deixar de sentir a impressão que vai causando o seu depoimento. Chega o momento dos detalhes, quase sempre nas reperguntas. O depoente, digno e fidedigno, está a pique de uma hesitação e sente que aí vai sossobrar a inteireza do depoimento: concentra-se um pouco e opta por uma resposta que lhe insinua o *automatismo moral*; ou a *influência do hábito*, completando a realidade ou enchendo os *claros* da memória; ou a *memória de repetição*, ou ainda aquilo que se poderia talvez chamar de *lembrança* criada pelos reflexos condicionados. E note-se que às vezes são detalhes que não podem ser subestimados, como o lado da rua em que a testemunha ia distraidamente no momento do crime, a distância em que estava dos contendores (no caso de uma luta), a descrição do vestuário deles, até a cor da pele, mais clara, menos clara, etc...

"Do momento em que a criança se deparam tendências que se opõem à sistematização mental requerida, ela inventa" (DUPRAT, citado pelo prof. JULIANO MOREIRA, *Revista Forense*, vol. LXIV, pág. 277). Como a psicanálise não admite propriamente *invenção*, pode-se concluir que tal coisa também acontece aos adultos.

VII — 17. Uma palavra sobre a imprensa sensacionalista: há as testemunhas do crime sensacional (ou *sensacionalizado*), que são reveladas pela reportagem, por ocasião das investigações policiais. Contam o que viram ou ouviram ao repórter, e este, ao transmiti-lo aos leitores ávidos, sempre colabora com a sua imaginação, *completa os claros*, de modo a apresentar o depoimento inteiriço. E a testemunha, momentaneamente afagada pela popularidade, com o retrato nas fôlhas, costuma assumir a paternidade do complemento, nos depoimentos oficiais. Mas, aí, também, pode-se dizer que o essencial, o que se poderia dizer o *fiat* da deposição, será sempre verdadeiro, a não ser que constitua tudo um amontoado de mentiras com que um *doente* do sensacionalismo procure se meter dentro dele, e serão mentiras facilmente verificáveis.

VIII — 18. Há uma hierarquia de sentidos na fidelidade das percepções; a vista, por exemplo, tem mais *controles* que o órgão auditivo; já HERÁCLITO sabia que os olhos são testemunhas mais exatas que os ouvidos" (AFRÂNIO PEIXOTO, livro cit., pág. 161). "Os testemunhos do tato, do olfato, do gosto são menos certos, mais precários, que os do ouvido e estes, que os da vista. Sobre

este assunto, há livros escritos, de psicologia. As palavras são menos retidas do que as frases, diz BINET, e sentido delas se chega a 77,5 % de fidelidade, para VARENDONCK, apenas alcança 51,5 % à fidelidade do texto. Ouve-se melhor o que se quer, do que se vê" (*idem, ibidem*, pág. 180).

Ora, não será remate animador recorrer a conhecido conceito da sabedoria popular, que me impressionou desde que o ouvi: "Não acredites sempre no que vês, porque aquele que acredita sempre no que vê, acaba acreditando no que não vê".

19. Quanto à atitude da testemunha ao se apresentar durante a inquirição, me reservo para o comentário ao final do art. 210, matéria, a meu ver, que devia constar do inciso sobre o compromisso, a ele intimamente ligada.

IX — 20. Ainda entraio ao livro do prof. PORTO CARREIRO as conclusões adotadas por BINT e aceitas por STERN, VARENDONCK, GORPHE, LARGUIER DE BANCELS: a) os erros são elementos constantes, no testemunho; a testemunha não sujeita a erros não existe; o testemunho é uma reprodução lacunar da realidade; b) os erros são geralmente especiais e dizem respeito a um ou vários pontos do conjunto observado; c) os erros têm, muita vez, a mesma precisão de minúcias que as recordações exatas; a testemunha descreve o fato falso, da mesma maneira que o fato verídico: sem hesitação, com pormenores nítidos e circunstanciados".

Podia-se dizer daí, em conclusão nada animadora, mas em todo o caso uma conclusão, que a vida gregária humana se baseia num conjunto de verdades relativas, adjetivo de *relação*, do qual pode provir uma certeza também relativa. Depois de passar pelo período empírico, até à influência do direito romano; pelo período lógico, até BENTHAM e MITTERMAYER; estamos ainda no limiar do período psicológico. Não é preciso apenas indicar as percentagens de erros, mas prover a justiça de meios de eliminá-los, com a simbiose entre psicólogos e juizes. O sistema do livre convencimento pode preencher a lacuna, até certo ponto, quando a carga de juizes estudiosos e atentos.

Além do mais, pelos elementos bibliográficos, aliás modestos, de que disponho, notei que as experiências feitas pelos autores foram todas engendradas, fingidas, ainda que algumas com toda a

aparência de uma realidade às vezes impressionante. Restam as experiências *in vivo*, isto é, aquilo que se poderia chamar de *biopsia* do testemunho, e no sentido de eliminar, dentro do fato concreto, as possibilidades de erros.

21. O final do art. 203, que separei sob a letra c, trata dos elementos materiais ou circunstanciais que facultem o juízo sobre a credibilidade do testemunho.

"A credibilidade de uma testemunha depende do conhecimento que ela tem dos fatos que afirma, do seu desinteresse, de sua integridade, de sua veracidade, da obrigação mais ou menos forte em que se encontra de dizer a verdade em razão do juramento que prestou ou do compromisso que fez". "No que concerne ao conhecimento dos fatos, é preciso considerar em que caráter a testemunha pôde observar os fatos, se as circunstâncias lhe permitiram apreendê-los exatamente; por exemplo, era noite ou dia? A testemunha estava longe ou perto, por que e como sua atenção foi despertada?" (ÉMILE E. SEITZ, obra cit., pág. 274, e ainda SEYMOUR, obra cit., págs. 366-367).

Todavia, as condições de credibilidade são numerosas, como os próprios fatos. Lembre-se, por exemplo, que o uso dos olhos à noite é relativo, sendo impressionante a acuidade de visão que atingem os habitantes dos lugares humildes que não são iluminados à noite, acuidade que, aliás, devem estar alcançando os moradores das grandes cidades a que a atual guerra sujeita ao *black-out*.

X — 22. "As restrições tentadas por algumas legislações no sentido de canalizar os depoimentos das testemunhas nos parecem, com efeito, mais perigosas do que úteis. Dar liberdade ao testemunho ainda é, em matéria criminal, o melhor modo de utilizar esse meio de prova" (GARRAUD, obra cit., vol. II, pág. 12).

Nada se infere, da nossa legislação, a respeito desse canalizar. Diz o art. 203 que a testemunha deve

"relatar o que souber, explicando sempre as razões da sua ciência".

Relatar faz lembrar o relato espontâneo, que é o que atende literalmente ao significado desse verbo: ninguém *relata*, ou narra, um acontecimento, a poder de perguntas ou respostas.

"É evidente que o relato espontâneo — partindo sempre da existência de um propósito de sinceridade — resulta mais vivo e logo mais puro (menos deformado) do que obtido pelo interrogatório. Porém aquele tem o defeito de ser, de uma parte, incompleto, e da outra, irregular (a pessoa não se estende *uniformemente* em sua explicação), e além disso apresenta muitas vezes elementos interpolados que em nada são úteis, antes somente servem para aumentar o número de folhas e fazer perder-se, em detalhes inúteis, a quem os consulte. Em troca, o testemunho obtido por inquirição representa o resultado do conflito entre o que a pessoa sabe, de uma parte, e o que as perguntas que se lhes dirige tendem a fazê-la saber. Toda resposta é, com efeito, uma reação mista, na qual entram não só as *vivências* espontâneas do interrogado, mas também as representações e tendências *afetivas* evocadas pela pergunta a que responde". Página de MIRA Y LÓPEZ (obra cit., 149), que, antes, sobre as *tendências afetivas*, acentuara (pág. 141): "não só é certo que vemos as coisas como quiséramos que fôssem, mas também em determinadas circunstâncias as vemos como queríamos *que não fossem*". E à pág. 149 conclue: "Em resumo, podemos dizer que o testemunho obtido pela inquirição costuma fornecer dados *mais concretos*, mas também *menos exatos*, regra geral, do que os do relato espontâneo".

A prática mostra que é mínimo o número de testemunhas que preferem *contar* o que sabem. Muitas, se o preferem, perdem-se logo em divagações e solicitam que sejam interrogadas. O verbo *relatar*, usado no artigo, todavia, não proíbe que se pergunte à testemunha, como é de praxe, se prefere depor espontaneamente ou ser perguntada.

23 — Art. 204: — "O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos".

XI — A oralidade do depoimento é uma regra tradicional. Todavia, nem todos os Códigos a continham taxativamente, a

começar pelo do Distrito Federal. O de São Paulo dispunha: "Poderá a testemunha redigir o seu depoimento, não sendo, porém, permitido trazê-lo por escrito", regra final do artigo.

A inovação mais importante é a do parágrafo único, não vedando (o que é menos do que permitindo, mas que na prática resulta a mesma coisa) a consulta a breves apontamentos.

24. "Uma declaração escrita, preparada e meditada de antemão, por isto só que é preparada com reflexão, não poderia ter o caráter de espontaneidade, que deve dar ao depoimento o cunho de verdade: *testes qui non viva voce sed in scriptis deposuerunt nihil probant; iudex debet testem videre, audire et loqui*", acentua, com a voz remota da tradição, GALDINO SIQUEIRA (obra cit., página 219), acrescentando à pág. 220: "E a obrigação de depor oralmente é de tal modo rigorosa que a testemunha não pode recorrer mesmo a simples notas para auxiliar a memória — *alia est autoritas proesentium testium alia testimoniorum quae recitari solent*".

Vê-se que o art. 204 ficou com a tradição, no seu corpo; mas, no parágrafo, alterou-a profundamente.

25. Uma das questões práticas a resolver prende-se ao incidente, sensatamente previsível como recurso das partes, de requerimento verbal para que os apontamentos aludidos no parágrafo único do art. 204 fiquem fazendo parte dos autos. Se é hoje um direito da testemunha consultar breves notas, também será direito seu não permitir que as notas acompanhem o depoimento escrito para as quais aquelas serviram. Entretanto, a natureza do procedimento penal, de ordem pública, não pode dar a esse direito caráter absoluto. O juiz poderá, diante da própria atitude da testemunha, concluir da necessidade do requerido, para formar a sua convicção — e deferi-lo. Assim como pode o juiz, sem atinência às breves notas, mostrar à testemunha documentos constantes dos autos ou mandar ler depoimentos anteriores, quer em face de contradições aparentes ou reais, quer para melhor investigar a verdade.

26 — Art. 205: — "Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz poderá proceder à verificação

pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomá-lo o depoimento desde logo".

Os dados sobre a identidade, gerais, constam de sua qualificação, exigidos na parte do art. 203, que separei sob a letra a. Não há indicação precisa dos meios para a verificação da identidade, em caso de dúvida, podendo-se lembrar, antes que tudo, os da identificação civil, pela respectiva carteira. Entretanto, tal dúvida ocorrerá, quase sempre, com as testemunhas humildes ou analfabetas, que respondem por apelidos e costumam hesitar até no declinar o seu sobrenome, a sua idade; logo, em comarcas modestas. Além disso, como a pessoa da testemunha só tem importância relativamente a determinado fato probando, depois de tomar o seu depoimento poderá o juiz recorrer a outras testemunhas do processo, para apurar se aquela é a mesma pessoa que viu, ouviu ou soube de fato ou circunstância que interesse à causa.

27 — Art. 206: — "A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou filho adotivo do acusado, salvo quando não fôr possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias".

XII — A disposição inicial deve ser relacionada, na sua parte compulsiva, ao disposto nos arts. 218 e 219, porque, sem a sanção, resultaria em letra morta:

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 impor à testemunha faltosa prisão até 15 dias, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência".

"O sinal do juiz era a sua Vara, visto que a desobediência só se manifestava, se esta fôsse apresentada; e, então, o juiz entregava a sua Vara ao oficial, quando alguém, notificado para vir em juízo, recusava-se a comparecer; se apresentada à Vara, ainda insistia na recusa, só então vinha preso (e isto se liga à atual *condução debaixo de vara*, que ainda se impõe à testemunha que, depois de notificada, recalcitra em comparecer para depor" (J. MENDES, *Direito Judiciário Brasileiro*, 1918, pág. 407).

Reconhecem-se dois estágios, nas diligências: a) a testemunha desobediente é conduzida debaixo de vara; b) a testemunha recalcitrante, poderá ser presa, por 15 dias, sem prejuízo do processo penal por desobediência (art. 330 do Código Penal — Pena de 15 dias a 6 meses de detenção, multa de 200\$000 a 2:000\$000).

O C. P. P. do Estado de Minas, art. 242, dispunha que tais testemunhas, — "conduzidas debaixo de vara, sofrerão, além da pena de desobediência, a de 2 a 5 dias de prisão, que o juiz lhes imporá, *sem dependência de processo*".

O C. P. P. do Distrito apenas cominava a pena de desobediência, art. 263, a do art. 135 do antigo Código Penal.

28. A disposição inicial do art. 206 também deve ser relacionada, quanto a exceções àquela força compulsiva, aos artigos:

220 — "As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem".

221 — "O Presidente da República e seus ministros, os governadores e secretários de Estado, os ministros do Supremo Tribunal Federal, ministros do Supremo Tribunal Militar, desembargadores dos Tribunais de Apelação, ministros do Tribunal de Contas e juizes do Tribunal de Segurança Nacional serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz".

§ 1.º — "Os militares deverão ser requisitados à autoridade competente".

§ 2.º — "Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no art. 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicado ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados".

Na enumeração de pessoas, como a do art. 221, os códigos estaduais atendiam aos representantes mais altos dos poderes locais. O do Distrito Federal, entretanto, não continha disposição a respeito, arts. 259 a 274, como não a continha o Código do Processo Criminal, que dispunha no seu art. 85: "As testemunhas serão obrigadas a comparecer no lugar e tempo, que lhes for marcado; não podendo eximir-se desta obrigação por privilégio algum".

29. "Feita a requisição com a conveniente antecedência, caso o funcionário, ou militar, não compareça, poderá o mesmo ser conduzido debaixo de vara, sem mais formalidades, devendo também ser antes intimado (art. 242)" — (OLIVEIRA FILHO, *Código do Processo Penal de Minas Gerais*, São Paulo, 1927, pág. 217).

A inovação, constante do § 2.º do art. 221 do C. P. P., — é que já se não requisita propriamente o funcionário, mas, expedindo-se mandado para sua intimação pessoal, comunica-se ao chefe da sua repartição a dita expedição, com notícia do dia, hora e lugar: "Aplicar-se-á o disposto no art. 218". O fato da lei mandar aplicar nos funcionários públicos o dispositivo compulsivo, no § 2.º, silenciando a respeito, quanto aos militares, no § 1.º, mostra que tal dispositivo já não se aplica a estes, como entendia OLIVEIRA FILHO, quanto à condução debaixo de vara. Com a ordem, do seu comandante, para comparecer em juízo, o militar que não o faz está incurso em sanção disciplinar, devendo o não comparecimento ser cientificado àquele. Se, no entanto, insistir na desobediência, estará incurso no crime comum do artigo 330 do Código Penal.

30. OLIVEIRA FILHO (livro citado, pág. 218), em nota do art 242 daquele Código, citando um acórdão do Supremo Tribunal Federal, no *habeas-corpus* n. 4.221, relator o ministro João Mendes, acentua: "A pena só é imposta à *testemunha*; não é *testemunha* quem é chamado em juízo como informante".

O art. 202, mesmo em face ao art. 206, segundo período, não deixa dúvida de que desapareceu a categoria de informantes. Os parentes do acusado, ali alinhados, podem se recusar a depor. No entanto, desde que sejam chamados como imprecindíveis, a critério do juiz da instrução, a disposição inicial do art. 206 os atinge, ainda que disponha o art. 208:

"Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, *nem às pessoas a que se refere o artigo 206*".

O Código do Processo Criminal, art. 75, § 1.º, dispunha que — "Não serão admitidas denúncias: do pai contra filho; do marido contra a mulher; ou vice-versa; do irmão contra irmão". Concluía-se, como no acórdão citado, que "tais pessoas não têm a faculdade de acusar".

Mesmo sem o compromisso, e sem que se os conte no máximo de *testemunhas* admitido para o processo (art. 398), o enunciado de que "toda pessoa poderá ser *testemunha*" (art. 202) lhes tira o caráter de informantes, na nova técnica judiciária penal.

Observa GARRAUD, obra cit., vol. II, pág. 12, que na dispensa do compromisso um *reliquat* "do sistema de provas legais", e acrescenta, pág. 13: "Essa distinção, entre pessoas que dão um testemunho e pessoas que fornecem simples informações, parece incompatível com o regime do livre convencimento do juiz. Para que qualificar ou desqualificar os depoentes, se os seus depoimentos têm um valor igual?" E ainda: "As simples informações, não estando garantidas pela fé do juramento, não constituem um depoimento propriamente dito; por conseguinte, as declarações falsas, em iguais circunstâncias, não provocariam as penas do falso testemunho".

Interessante a antiga disposição de que "a esses informantes não se deferirá compromisso e o juiz lhes dará o valor que merecerem" (art. 238 do C. P. P. de Minas). A alusão a um valor relativo dos informantes, faria supor que as *testemunhas* propriamente ditas, teriam um valor absoluto; no entanto,

nem uns, nem outros, dentro da análise da prova, estariam sujeitos a um valor preestabelecido.

Aliás, atendo-me às considerações anteriores a respeito do compromisso de dizer a verdade, só a inteireza moral do depoente é garantia dessa verdade, com o compromisso, ou sem ele, já não importando as antigas considerações de que às testemunhas parentes do acusado não se deferia juramento — para não criar um *conflito de consciência* entre a estima ou amizade e o dever juramentado de dizer a verdade.

XIII — 31. A noção de honra, invocada como o apêlo à dignidade pessoal, não estará ainda completa nos menores de 14 anos e jamais nos deficientes mentais, dispensados do compromisso de dizer a verdade, pelo art. 208.

"Os loucos de todo gênero" formavam, assim como o preconceito contra o testemunho único, uma zona obscura onde nunca penetraria o juízo... da instrução criminal. Figuravam sempre na primeira alínea dos "que não podem ser testemunhas", e nem mesmo como informantes. Não havia exceção para aqueles que tivessem intervalos lúcidos, — "porquanto, como reconhecem todos os psiquiatras, não se pode reconhecer com exatidão o estado mental do indivíduo, em tais casos, se de aparente ou real regularidade funcional (GALDINO SIQUEIRA, obra cit., página 200).

Não obstante, autoridade como a do professor J. P. PÔRTO CARRERO (obra cit., pág. 111), adiante: "A credibilidade específica diz respeito a relação do depoimento com o fato em causa. Nessas condições, podem um imbecil ou uma criança depor com verdade, ou, pelo menos, fornecer elementos indiciários úteis". Livre convicção.

Mas, ainda à pág. 131: "Os atrasados mentais (idiotas, imbecis ou apenas débeis mentais) podem não só ser incapazes de perfeita percepção, mas também inaptos para a narração daquilo que viram. Aos idiotas, cuja idade mental não vai além de um ano, para Terman, ou além de dois, para Binet, toda capacidade civil lhes é vedada, sem discrepância. Quanto aos imbecis, cuja idade mental tem para limite superior quatro ou sete anos, segundo a opinião daqueles dois autores, o seu depoimento

deve ser aproveitado como o das crianças, isto é, cumpre entendê-lo profundamente, psicanaliticamente, e não de todo desprezá-lo. O testemunho dos débeis mentais, cujo desenvolvimento intelectual corresponde à idade XIV, para Terman, à idade X, para Binet, tudo nos indica que os devera merecer também estudo psicológico detido. No entanto, os débeis mentais formam a grande massa, onde vão correntemente os magistrados e os advogados encontrar o maior número de testemunhas".

E o conhecido psiquiatra, lembrando que num país como os Estados Unidos, 70 % das pessoas, submetidas a testes, "tinham idade mental igual ou inferior a 14 anos", conclue, página 182: "É possível que, como o brasileiro se julga o povo mais inteligente do mundo, êsses dados não se apliquem ao nosso meio; suspeito, porém, que as nossas cifras sejam alarmantes".

32. Na Inglaterra, não podem ser testemunhas os "débeis de espirito e os idiotas". Ao passo que os meninos "são capazes para depor em qualquer idade, se possuem inteligência suficiente para compreender a natureza e os efeitos de um juramento. Estes que não estão neste caso podem depor sem prestar juramento".

Vale observar essa disposição, quanto aos meninos, porque será a mais acorde com a realidade. De acôrdo com o art. 142 do Código Civil, a capacidade do menor, de testemunhar no juízo cível, sob juramento, começa depois dos 16 anos feitos. Entretanto, no crime, começa aos 14 anos, como para o antigo C. P. Criminal. Para o C. P. P. do Distrito Federal, era aos 16 anos, assim como para o de Minas. Já para o de São Paulo, aos 18 anos, isto é, no limiar da maioridade criminal, o que obedece à lógica formal. Em Portugal aos 14 anos (art. 97, § 1.º, do C. P. P.). Em França, não podiam jurar os menores de 15 anos, "muito jovens para compreender a gravidade de um juramento" (Roux, pág. 309). Não há grande variação de limites de idade, mas a simples variação, já traduz a incerteza, a ausência de um critério seguro.

A razão estará com o professor PÔRTO CARRERO (obra citada, pág. 156): "A credibilidade da criança é pequena, por vários motivos; mas a fronteira entre a credibilidade dos quatro

anos e a dos oito, como entre a dos oito e a dos doze ou entre esta e a dos dezesseis é região vaga, indeterminada, que não pode ser precisada por prazos e limites de idade, que a lei possa enquadrar. A verdade é que todo testemunho pode ser falso e todo testemunho pode ser verdadeiro, seja qual for a idade do depoente; e que a prova testemunhal, seja qual for a sua fonte, é meio absolutamente precário para chegar à verdade; frágil é a convicção gerada por ela, venha de uma criança ou venha de um adulto. Se não são para desprezar as declarações feitas por um adulto normal, culto, familiar com a natureza do fato e ademais desinteressado, não são tão pouco para serem postas à margem as respostas obtidas da criança, que, na sua inócia de sentidos, na sua pobreza de experiência, na sua afetividade fervente e na sua extrema sugestibilidade, pode, entretanto, contar maior soma de verdades. Tudo está em não afastar-se do ponto de vista psicológico, em matéria exclusivamente psicológica; e o exame profundo de um depoimento infantil poderá talvez guiar melhor o interrogante do que a simples pergunta feita ao adulto fidedigno".

33. EVARISTO DE MORAIS escreveu sobre "o testemunho de crianças" (*Revista do Direito*, vol. 38, 1915, págs. 268-281). No seu artigo já aludido (n. 12), diz o saudável criminalista que, pelas primeiras respostas da testemunha, pode-se saber a sua tendência. Pois, pelas primeiras linhas do que escreveu sobre o depoimento infantil, pode-se igualmente saber a sua tendência: absolutamente contrária. Em tantas páginas, não há a citação de uma autoridade favorável à fidedignidade, ainda que relativa, do depoimento de crianças, e termina com as precauções enunciadas por EDMOND PICARD: "1.º É preciso pôr extrema circunspeção nas inquirições feitas a crianças; uma atitude, uma ameaça tem, no que lhe diz respeito, o alcance de uma sugestão, podendo induzi-las a mentir; 2.º Uma criança que comparece ante a Justiça, depois de ter sido interrogada por seus pais, por vizinhos, por agentes subalternos, não oferece garantias; suas declarações podem ser admitidas, apenas, a título de informações muito frágeis; 3.º Nos casos, muito raros, em que a criança seja interrogada primeiro por um juiz experimentado e prudente, cumpre

não lhe fazer nenhuma pergunta em que se precisem os fatos, podendo sugerir a resposta; é preciso deixar que a criança exponha por si mesma; 4.º) Os dizeres de uma criança, quaisquer que sejam, não podem ser admitidos *de plano*; exigem a mais severa contrastação (contrôle) analítico, postos em confronto com as circunstâncias exteriores, quer com as que possam contradizê-los, quer com as que possam confirmá-los".

34. O professor PÔRTO CARRERO (*idem*, pág. 107) acentua ainda que a capacidade de observação direta é muito mais aguda na criança, do que no adulto que, à medida que vai vivendo, vai se entregando ao prestígio das palavras que encobrem ou substituem a realidade: "as aquisições feitas através da experiência direta são muito mais numerosas, na infância, do que as obtidas através da palavra ouvida. Sob esse ponto de vista, cada criança é um São Tomé; e muitas vezes, a atitude de crer, que a criança adota diante de certas fórmulas falsas, que a educação lhe impõe, mal vela a convicção íntima contrária, ganha pela experiência. A tendência originária é para experimentar, para adquirir pelos sentidos; se à criança lhe contamos algo sobre determinado objeto ausente, ela pedirá: "Quero ver". Só à custa de verificar que o contado pelo adulto coincide, em geral, com a realidade adquirida diretamente, vai a criança pondo fé na palavra alheia; mas ainda assim, se não há perfeita coincidência, poderá exprimir convencionalmente quanto lhe disseram; mas guarda para si mesma a verdade que os sentidos lhe revelaram. A observação demonstra, por exemplo, que as lendas sobre o nascimento, embora aceitas aparentemente pelas crianças, apenas encobrem a convicção íntima da verdade real, obtida pela percepção dos fatos".

35. "Nos meninos de 7, 8 ou 9 acha-se freqüentemente falta de direção espontânea, egocentrismo, predominância de imagens confusas e globais, sobre conceitos precisos e até inconsciência das conexões entre as séries de imagens e insensibilidade à contradição. Foi por isto que CLAPARÈDE qualificou de sincrética a percepção da criança, oposta à percepção analítica do adulto" (JULIANO MOREIRA, *Psicologia do testemunho*, Rev. Forense, vol. LXIV., 1935, pág. 225). E propõe, como solução,

que a criança testemunha deponha sempre perante o juiz de menores, com um médico especializado — "médico com tirocínio psiquiátrico e pedagógico bem notório", — isto é, se lhe antolhou apenas a situação do Rio.

36. Por lembrança da tese citada, do professor JULIANO MOREIRA: e os velhos? Por influência da carência com o Código Penal, como em face do art. 224, letra, deu-se ao menor capacidade para testemunha compromissada, a partir dos 14 anos. Entretanto, embora os velhos, a partir dos 70 anos, tenham a imputabilidade atenuada (art. 48, I, do Código Penal), não cuidou o C. P. P. especialmente deles, no tocante à capacidade testemunhal. É observação corriqueira — que os velhos, ao passo que vão avivando a memória para os fatos remotos, perdem-na para os recentes.

"Das observações que tenho feito ficou-me a convicção de que não há diferenças raciais perante a lei de regressão mnésica de RIBOT, isto é, que as lembranças desaparecem na ordem inversa da sua aparição. Tive por exemplo oportunidade de observar ao mesmo tempo um nonagenário alemão e seu antigo cocheiro, um africano também nonagenário. Ambos se lembravam, nitidamente, das festas de coroação de D. Pedro, mas nunca se lembravam nem de meu nome, nem de minha última visita, nem de haverem almoçado no mesmo dia em que lhes falava eu" — acentua o professor JULIANO MOREIRA, que conclue: "Deve-se, pois, ter em mente que um ancião nem sempre deve ser admitido a depor sobre o que tenha presenciado. Nos casos duvidosos muito bom será submetê-lo a exame psicológico".

Na ausência de técnicos para isso, haverá, na sua maioria, casos de constatação pelo juiz experimentado, de modo a incluir o depoente entre os "deficientes mentais" do art. 208.

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

XIV — Corresponde ao n. VI do art. 259 do C. P. P. do Distrito Federal.

A antiga C. L. P., art. 192, e o novo Código Penal, art. 154, cominam pena para a revelação ou violação de sigilo ou segredo profissional, a qual, de um a seis meses de prisão celular e suspensão da atividade por seis meses a um ano, passou agora a três meses a um ano de detenção, ou multa de um conto a dez contos de réis.

Entre os proibidos ou dispensados, *relativamente*, de depor GALDINO SIQUEIRA enumera (obra citada, pág. 201): "O advogado ou procurador em relação aos fatos que lhe foram confiados ou que ele surpreendeu no exercício da sua profissão. Assim, para que haja necessidade de guardar absoluto sigilo, é necessário que os fatos e circunstâncias sejam sabidos em razão da profissão, e cuja revelação possa acarretar qualquer dano real". "O Código Penal, art. 192, fez da dispensa uma verdadeira inibição, ao contrário do que tem decidido a jurisprudência francesa, que, considerando apenas como dispensa, reputa isento de penalidade o profissional que julgasse não dever se aproveitar da mesma dispensa e se prestasse a depor violando o sigilo".

Enumera ainda: "O médico, cirurgião e parteira em relação ao exercício de sua profissão. À semelhança dos advogados, cabe-lhes não revelar os segredos que lhes foram manifestados pelos clientes, mas também quaisquer outros que, concernentes a moléstias, lhes possam ter provindo da confiança de terceiros ou tenha sido colhidos por suas próprias investigações".

— "É de notar que ao sigilo são obrigados os ajudantes de cirurgiões, os auxiliares dos farmacêuticos, os copistas dos advogados, porquanto a estes auxiliares se estende a necessidade de revelações feitas aos profissionais mencionados".

E ainda: "O sacerdote, em relação ao que lhe foi comunicado em confissão".

38. Comparando-se o texto do art. 192 da antiga Consolidação das Leis Penais e o art. 154 do novo Código Penal:

"Art. 192. Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver notícia, ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão".

"Art. 154. Revelar alguém, *sem justa causa*, segredo, de que tem ciência em razão de *função, ministério, ofício ou profissão*, e cuja revelação possa produzir dano a outrem".

XV — Sublinhei o que diverge nos dois dispositivos, sendo de notar no começo — *sem justa causa*. Está claro que, entre as causas justas, não estará a necessidade de prova judiciária, em face do art. 207, porquanto, a admitir-se tal critério, seria considerar inexistente este artigo. Quanto à *função*, há ainda o art. 325 do Código Penal: "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação". E ainda a violação de comunicação rádioelétrica, telefônica, telegráfica, (art. 151 e §§ do Código Penal). Quanto a *ministério*, estará em primeiro lugar o sacerdócio, com o seu dever de confessor, cujo sigilo é garantido pelo direito canônico.

39. Entre os impedidos de depor relativamente consignavam os antigos códigos — o juiz da causa — "que não será obrigado a depor se declarar que nada sabe do fato e de suas circunstâncias" (Minas); o jurado, nomeado para testemunha depois de sorteado para a reunião do juri (dependendo porém do seu assentimento e, dado este, não poderá se negar a depor, posteriormente). Está claro que tais regras gerais não foram explicitamente sonegadas à prática do processo; mas, omitidas, não terão caráter absoluto, desde que o juiz diretor da prova, quer quanto a si próprio, quer quanto ao jurado, não veja na indicação da testemunha um simples manejo para afastar, da causa ou do julgamento, a um ou a outro.

A inteligência do art. 207 deve ser ainda relacionada com o art. 144 do Código Civil: "Ninguém poderá ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo".

40 — Art. 209 — "O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1.º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2.º. Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa”.

XVI — A apresentação de testemunhas não é obrigatória, na instrução criminal, art. 404 — “ressalvado o disposto no artigo 209” —, como no plenário do juri, quer por parte da acusação, quer da defesa. Já não o era nos processos estaduais, como no C. P. P. de Minas, art. 18: “se os elementos da infração penal e a responsabilidade do infrator constarem plenamente da prova documental”. Entretanto, é interessante que, caso se apresentasse prova testemunhal para completar a documental, ter-se-ia que dar testemunhas em *número legal*, duas ou três no mínimo, pena de nulidade...

41. O antigo Código de Processo Criminal dispunha que “as testemunhas são chamadas pelas partes ou *mandadas chamar pelo juiz ex-officio* (art. 84). É certo, porém, que o juiz que presidia a formação da culpa se veio tornando “um espectador inerte da produção de provas”, como fala a exposição de motivos do Sr. ministro Campos, no VII. O poder que lhe dá o art. 209, de ouvir as testemunhas que julgar necessárias, além das que forem oferecidas pelas partes, está relacionada com o disposto no art. 156.

“Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar afinal, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo *testis unus testis nullius*. Não se compreende a prevenção legal contra a *voix d'un*, quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e à certeza moral do juiz. Na atualidade, aliás, a exigência da lei, como se sabe, é contornada por uma simulação prejudicial ao próprio decôro ou gravidade da justiça, qual a consistente em suprir-se o mínimo legal de testemunhas com pessoas cuja inciência acêrca do objeto do processo é previamente conhecida, e que somente vão a juízo para declarar que nada sabem” (exposição de motivos, citada).

Quanto à experiência que tenho, no meu Estado, haveria a retificar aqui, com a devida vênia, que uma testemunha que nada sabia nunca pôde ser tida como *numerária*. Se viesse dizer que sabia de alguma coisa que interessasse ao processo, ainda que por ouvir dizer, — seria computada no *número*, o que era ainda um recurso forçado para completar o *mínimo legal*. Todavia, há as observações de ilustre juiz do Distrito Federal, o Dr. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Código do Processo Penal Anotado*, Rio, 1942, 3.º vol., pág. 41), as quais mostram a necessidade, ainda que óbvia, do § 2.º do art. 209 — em face do *máximo* fixado no art. 398.

41-A. “Um princípio fundamental dominava todo o processo hebreu: “Uma só testemunha jamais valerá contra alguém; qualquer decisão deverá apoiar-se sobre o dito de duas ou três testemunhas” (JOÃO MENDES JÚNIOR, obra citada, vol. I, pág. 14). Reconheça-se que uma prevenção tão velha, contra o testemunho único, que veio a se incluir no Direito Romano (*“Homicida sub testibus punietur, ad unius testimonium nemo condemnabitur — Numeros, XXXV, v. 30)*; uma prevenção tão velha, tão forte, demorou a ser extirpada, e principalmente entre nós...

Todavia, o testemunho único, para que constitua por si só a prova testemunhal, além de ser de uma idoneidade excepcional, deve se articular de tal modo com os outros elementos materiais ou periciais do delito, de modo a que o juiz possa, sem desmotivado arbítrio, apoiar nêle a sua decisão, uma vez que “livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas” (exposição de motivos).

Ainda será útil acentuar que o *testemunho único* pode surgir como uma necessidade da prova, na ausência de outros; não, porém, resultar de um capricho do agente do M. P., por exemplo, em arrolar apenas uma das testemunhas existentes no inquérito, ou indicadas pela autoridade policial, ou das quais se saiba — mesmo que se trate de um testemunho isento de qualquer defeito.

XVII — 42. A inquirição das referidas fica a critério do juiz, como já o era em vários códigos regionais, — ressalvado o di-

reito de o agente do M. P. ou o defensor requerer a sua inquirição, por motivos ponderáveis, que serão aceitos ou não.

Calou o C. P. P. a respeito do modo por que serão inquiridas, como, por exemplo, dispunha o art. 239 do C. P. P. de Minas: "Essas testemunhas referidas só deporão sobre o objeto da referência e não se computam entre os do número legal" — sendo que a parte final consta do parágrafo único do art. 398. Porém me parece que não há, na omissão, a quebra da tradicional regra de deposição das referidas, que só interessam à causa pelo objeto da referência — e não se computam entre as numerárias ouvidas sobre todos os pontos probandos do processo.

43. O C.P.P. português dispõe, no seu art. 223, que "as testemunhas poderão ser inquiridas e as pessoas que devem prestar declarações" — informantes — "poderão ser ouvidas às vezes que o juiz entender necessárias para esclarecimento da causa". Está aí uma disposição que eu estimaria que fôsse inserida no nosso C. P. P., como decorrência do livre convencimento. O depoimento tomado apenas uma vez ainda é consequência do respeito ao formalismo, às praxes que se entendiam plenamente satisfatórias desde que preenchidas sem quebra das condições extrínsecas. Conservado no novo processo — quando não se conserva a adstrição ao rol das partes —, parece se entender que ao juiz, como às partes, compete realizar a inquirição com o máximo de apreensão — na oportunidade única — dos elementos que interessam à prova.

44 — Art. 210 — "As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz advertilas das penas cominadas ao falso testemunho".

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

Parágrafo único. Tendo o depoimento sido prestado no plenário do julgamento, o juiz, no caso de proferir decisão na audiência (art. 538, § 2.º), o tribunal

(art. 561), ou o conselho de sentença, após a votação dos quesitos, poderão fazer apresentar imediatamente a testemunha à autoridade policial".

A separação das testemunhas, que ainda não depuseram, das que estão depondo, é também uma regra tradicional, obviamente estabelecida contra as sugestões que possam advir das perguntas ou das respostas que aquelas presenciassem. É uma regra pela qual tradicionalmente se proclama a relatividade do testemunho humano, impedindo-se pelo menos a influência imediata de uns sobre os outros. Não se impede, entretanto, a presença daquelas que já depuseram, — o que é um mal nos crimes sujeitos a juri, quando há possibilidade que algumas voltem a depor no plenário do julgamento. Aliás, quem é que pode impedir que as testemunhas, após a assentada, troquem entre si impressões sobre o que depuseram? Tudo relativo.

45. A parte final do art. 210 deveria estar, *data venia*, reunida ao art. 203, que principia pelo compromisso de dizer a verdade (n. 19).

A respeito das *testemunhas falsas*, buscadas em conhecidos viveiros e "usadas por parte da defesa", EVARISTO DE MORAIS lembra: "Não seria mau colocar (tal como fez o atual desembargador EDGARD COSTA, quando juiz da 2.ª Pretoria Criminal) um letrado bem visível, contendo os dispositivos da lei penal referentes ao falso testemunho..." (*Rev. Forense*, vol. LXVI, pág. 671).

Quer à advertência do art. 210, quer ao letrado, o indivíduo, *moralmente desapreensivo*, continuaria indiferente, ao passo que poderia aumentar a timidez de muitas testemunhas impressionáveis — capazes de desorientar psicólogos e psicanalistas.

Imaginemos a atitude de uma testemunha tímida, a que o juiz assim falasse: "Não te pedimos conjecturas, nem aquilo que soubeste por ouvir dizer; pensa que uma grande responsabilidade pesa sobre ti; se tu fizesses condenar injustamente o acusado, seu sangue, mesmo o sangue de toda a sua posteridade cairiam sobre ti; Deus te pediria contas disto, como pediu contas a Caim do sangue de Abel: fala" — Assim falava à testemunha o pre-

sidente do *Tribunal dos Vinte e Três*, em Jerusalém (JOÃO MENDES JÚNIOR, obra citada, vol. 1.º, pág. 16).

Ora, um estudioso moderno, como MIRA Y LÓPEZ, na obra já citada, pág. 152: "Em primeiro lugar será necessário acentuar que a técnica geralmente seguida na atualidade para esse fim nos parece absurda e contraproducente; baseia-se em atemorizar a pessoa, ameaçando-a com castigos humanos e divinos no caso de que deponha falsamente". Aconselha, então, um conhecimento prévio da testemunha, para se deduzir se o seu depoimento será, ou não, imparcial, ou se a parcialidade obedece a um propósito nobre (compaixão) ou imoral (lucro, vingança).

46. O autor propõe a seguinte solução *teórica* (para o seu país, como para o nosso): "despojar as declarações de todo o seu caráter de oficialidade e de predeterminismo, dando por válidas todas as informações que fizessem as testemunhas de um modo espontâneo à distância da atuação judicial — com a condição de que ditas manifestações fossem recolhidas por pessoa de moral indubitável. Da mesma forma como se dá por válida a fé dos tabeliães e escrivães, se deveria conceder — como fizeram os norte-americanos — este privilégio aos *social workers*, que trabalham fora do fóro, em contacto direto com a vida, confundidos com o público". — E outra solução proposta seria dos "conhecimentos de psicologia individual". A inciência direta da vida norte-americana, com a ausência de consulta bibliográfica direta, não me coloca à altura de apreciar a eficiência desses *trabalhadores sociais*. Entretanto, no que concerne ao nosso país, há o *boato*, que alguém já elevou à condição de uma instituição. — Aliás, aludo ao *boato* apoiado na indicação do professor PÔRTO CARRERO (obra citada, pág. 141): "STERN e R. OPPENHEIM, citados por GORPHE, procederam a estudos sobre o testemunho indireto e o boato, lendo a uma pessoa uma narrativa de um crime e, depois, a narrativa dessa pessoa a uma segunda e assim, sucessivamente, até o quarto grau; de onde concluíram por abreviações e transformações sucessivas".

47. Certo é que a advertência sobre o falso testemunho, se tiver o caráter de ameaça ainda que velada — feita pela Justiça dentro do cerimonial impressivo, pode pôr certas pessoas muito sensí-

veis, *transtornadas e inibidas* para toda a deposição, ao invés de alcançar o máximo de sinceridade, que é o objetivo da advertência. E pode-se observar, praticamente, que essa atitude da testemunha, às vezes mal interpretada pelo juiz quando prevenido contra os sonsos, ainda mais se acentua quando este emprega energia insistente nas perguntas, ou amando dar aos atos funcionais uma importância na altura que atribue à função, encara as hesitações como uma intenção disfarçada de desprestigiá-la, e retorna à advertência sobre o art. 342 do Código Penal. Parece-me que o acertado será sempre dar à advertência uma simplicidade temperada com gravidade, que não desmereça nem aumente a sua significação especial, para que não se descontele a testemunha, como um criminoso em potencial, numa atmosfera de repressão ao crime.

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

Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato".

No C.P.P. Mineiro, o agente do Ministério Público ou o advogado podia perguntar diretamente a testemunha, sendo as respostas redigidas pelo juiz. Unificou-se a regra — sendo as perguntas feitas por intermédio deste, mesmo para a audiência de julgamento do processo sumário (art. 538, § 2.º), deduzindo-se, porém, a autorização de reperguntas diretas do art. 561, n. IV, e do art. 468.

"Mas o juiz ou autoridade processante não tem arbítrio para recusar às partes qualquer pergunta, exceto se não tiverem *relação alguma* com a exposição feita na queixa ou denúncia, devendo porém, ficar consignado no termo da inquirição a pergunta recusada (decreto n. 4.824, de 1871, art. 52; GALDINO SIQUEIRA, *idem*, pág. 216).

A expressão usada no art. 212 — *relação com o processo*, me parece mais ampla do que a anterior — *relação com o fato exposto*

na denúncia. Por conseguinte, não poderão ser recusadas perguntas, por exemplo, sobre as outras testemunhas, pois seria o juiz recusar a si mesmo elementos com que se convencer da idoneidade ou defeitos dos seus depoimentos, — notadamente quando a parte procurar assim apoiar a sua contradita.

49. Uma interpretação rigorosa do art. 213 poderia levar a impedir-se até que a testemunha expusesse o seu conceito pessoal sobre o acusado — o que não pode estar no espírito da lei. Nem, também, sobre o ofendido ou outras pessoas de algum modo envolvidas no processo. Nem sempre tal conceito surge inseparável da narrativa do fato. As apreciações pessoais, ali proibidas, dizem respeito a *opiniões* que importam em conclusões periciais verificadas ou verificáveis por outra maneira, ou, na maioria dos casos, por influência de um reperguntador zeloso, em verdadeiro *judgamento* de pessoas ou de atos.

Parece-me inteiramente aplicável a regra do judiciário civil: "São também inadmissíveis as perguntas que visam alcançar a emissão de conceitos e opiniões, pois o depoimento se cinge ao relatório dos fatos, e não à opinião que dêles forma a testemunha. Entretanto, pode-se pedir à testemunha a sua opinião ou o conceito sobre a reputação de pessoas, quando este assunto se apresentar como fato probando e bem assim, sobre a reputação de outras testemunhas, para dar relevo ao depoimento destas" (JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*, Rio, pág. 522).

50 — Art. 214. "Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha e 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".

XVIII — "Não se deve confundir contradita com contestação. Os motivos daquela inibem o depoimento; os desta o tornam suspeito e desvalorizado. A contradita é feita depois da qualificação; a contestação o é depois de prestado o depoimento, isto

é, depois de ser a testemunha inquirida pelo juiz, ou de ter respondido às perguntas que as partes lhe fizeram por intermédio do juiz" (OLIVEIRA FILHO, obra citada, pág. 221).

O C. P. P. eliminou a contestação. Todavia, estaria *contestando*, e não *contraditando*, a parte que, após a qualificação, alegasse defeitos de depoimento anterior da testemunha, no inquérito. A contradita diz com a própria pessoa da testemunha, defeituosa para depor, ou porque cale parentesco ou aproximação, dos enumerados no art. 206, ou porque esconda outras condições, dentre as quais os antigos códigos aludiam de início ao "interessado no objeto do litigio" (D. Federal, São Paulo), ao "interessado no objeto do crime" (Minas).

"Tais defeitos podem provir: 1.º da falta de boa fama; 2.º da suspeita de parcialidade; 3.º da suspeita de suborno" (GALDINO SIQUEIRA, *idem*, pág. 203). Desde as Ordenações, fixaram-se casos de cada qual. Na realidade, há condições numerosíssimas, com nuances próprias, e o juiz lhes dará livremente a importância que merecerem.

51. EVARISTO DE MORAIS, no artigo já aqui citado, a que não faltam experiência, nem sinceridade (*Rev. Forense*), vol. LXVI, pág. 671): "No que concerne a contradita, há uma norma da qual nunca se deve apartar o inquiridor: somente opô-las quando tenha meios de demonstrá-las *incontinenti*, ou quando tenha certeza de que serão confessadas pelas próprias testemunhas. Fora daí, a apresentação da contradita, é, na maioria dos casos, prejudicial; só serve para exasperar previamente quem vai depor. Demais, como se sabe, o juiz, cumprindo a lei, deferir compromisso à testemunha, e deixa em situação penosa quem opôs, levemente, a contradita!"

Na Inglaterra, "para enfraquecer o depoimento de uma testemunha, pode-se interrogá-la sobre suas próprias torpezas (*turpitudes*), ou muitas outras testemunhas podem ser chamadas, que declararão a má reputação da primeira e dirão não acreditar na fé do seu juramento" (SEITZ, obra citada, pág. 274). A nossa contradita obedece a um critério das formalidades logo preenchidas, após a qualificação do depoimento, não podendo estender-se à própria inquirição da testemunha contraditada.

A negativa da testemunha, desde que feita com muita vivacidade ou de outra maneira comprometedora, pode impressionar o juiz, para que procure investigar a veracidade da contradita, através de outras testemunhas por exemplo — em relação com o processo (n. 48). No entanto, sempre será preciso discernir na negativa aquilo que seja desejo de calar a verdade, ou aquilo que apenas seja perturbação possível à surpresa de uma alegação hábilmente proposta em falso.

52. Pode o representante do Ministério Público contraditar? O artigo fala: — “as partes poderão”... Sem acordar velha questão sobre se o promotor de Justiça pode ser considerado *parte*, coisa que talvez repugne pela idéia de parcialidade, lembro apenas que, no antigo processo, o Ministério Público tinha amplitude de ação na primeira fase; era, por assim dizer, o dono desta, até a pronúncia, e mesmo no início do processo de alçada. O onus da contradita competia à defesa, pois que não se admite que o promotor fosse contraditar as suas próprias testemunhas. No plenário do julgamento, as testemunhas de defesa, entretanto, podiam por este ser contraditadas, embora não fosse freqüente nem muito usual. Com mais razão agora poderá fazê-lo, no processo contraditório, no cotejo imediato de depoimentos “das partes”.

53 — Art. 215. “Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”.

XIX — A primeira regra não é absoluta: *tanto quanto possível; mas fielmente*. — Certa autoridade, a quem ocorrera traduzir umas declarações de modo *jurídico*, colocando sempre evento criminoso em lugar de crime, e outras preciosidades, — teve o desprazer de ver o juri não levar a sério tais declarações, analisadas por advogado hábil. A esta observação, que apresento de ciência própria, reuna-se o mal-estar que pode causar aos jurados

leigos o uso excessivo de expressões técnicas... A regra visa a fidelidade da redação do depoimento, mesmo para a apreciação dos entendidos, o que não será, por outro lado, repetir termos de gíria, modismos regionais, os quais poderão, se sobre circunstâncias importantes, ser incluídos entre aspas, e *explicados* pelo próprio depoente.

54. O C.P.P. de Minas, art. 248, § 1.º, dispunha: “Poderão, porém, as testemunhas redigir seus depoimentos quando o possam e queiram fazer”. Idêntica disposição, no de São Paulo. “Muito se respigou em vários dos códigos de processo penal estaduais” — diz a exposição de motivos, n. III. Portanto, é certo que esse dispositivo esteve diante dos olhos dos autores do projeto, que o não quiseram incluir na lei una. Houve utilidade na não inclusão? Parece-me que tal inciso ainda melhor atenderia ao espírito do art. 215, no caso de testemunhas esclarecidas. A omissão, porém, não é impedimento, e pode-se adotar a antiga regra, com o acôrdo tácito ou expresso das partes.

55 — Art. 217. “Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”.

XX — O art. 480, relativo ao julgamento pelo juri, manda que “lidos os quesitos, o juiz anunciará que vai proceder ao julgamento, *fará retirar o réu*”, o qual não presencia a votação dos quesitos. Entre as atribuições do presidente do tribunal do juri lê-se a de “mandar retirar da sala o réu que, com injúrias ou ameaças, dificultar o livre curso do julgamento, prosseguindo-se independentemente de sua presença” (art. 497, VI).

Atitude — define AULETE — é “modo de ter o corpo, postura, posição” — ou — “norma de procedimento; ação que uma pessoa mantém em determinada conjuntura; propósito; significação de um propósito” (*Dicionário Contemporâneo*). Ou, segundo o *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, — “postura do corpo; *norma de proceder*”. Pode haver uma *atitude* de amea-

ça, sem gestos de ameaça. Assim, o disposto no art. 217 não será nunca, dentro do critério do diretor da prova, uma regra constante como a do art. 280, ainda mesmo quando se trata de réu sabidamente perigoso; nem, tão pouco, uma regra só aplicável diante da exteriorização de injúrias ou ameaças, como no caso do art. 497, VI. O significado exato da palavra atitude fixa-o bem como regra intermediária, relativamente àquelas.

Art. 222. "A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz, será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1.º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2.º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos".

XXI — Não há indicação das formalidades da carta precatória, aliás usuais e não alteradas expressamente, podendo ser deduzidas, *mutatis mutandis*, do que está indicado no art. 354, relativo à citação por precatória. Importante o § 1.º, para o fim de coibir a indicação de testemunhas distantes, com objetivo protelatório.

56 — Art. 223. "Quando a testemunha não compreender a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

Parágrafo único. Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192".

XXII — "Dever-se-ia fazer constar as perguntas feitas pelo juiz e, logo em seguida, as respostas dadas pelo tradutor, devendo este apresentar, devidamente autenticada pela sua assinatura e logo depois da inquirição, uma versão das perguntas do juiz e das respostas da testemunha, no idioma desta. É uma providência que o juiz pode tomar e estabelecer como praxe" (OLIVEIRA FILHO, livro citado, pág. 225).

A medida poderá ainda mais facilmente ser adotada agora, no regime da livre convicção, para os casos em que se convença da sua necessidade.

Também aqui me parece aplicável o que diz JORGE SEVERIANO, livro citado, pág. 527: "Não podem ser admitidos como intérpretes os que não podem sê-lo como testemunhas, nos termos do art. 142 do Código Civil. O intérprete exerce, em última análise, a função de testemunhar, na língua do país, o que disse o depoente, em língua estranha. Estando investido de um *munus*, o seu depoimento único tem força probante sobre o que disse o depoente. Nestas condições, é indispensável que esteja pelo menos tão isento de ânimo quanto qualquer testemunha, e sujeita-se a impedimentos idênticos e a penas criminais por falsidade". Extensivo ao intérprete do surdo, mudo ou surdo-mudo (art. 192).

57 — Art. 224. "As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas de não comparecimento".

XXIII — "No sumário de culpa, terminado o depoimento, o escrivão notificará a testemunha para que comunique ao juiz, perante quem tenha deposto, qualquer mudança de sua residência, no espaço de um ano, sob as penas da lei de 3 de dezembro de 1841. Dessa notificação lavrará a respectiva certidão em seguida ao depoimento (reg. n. 120, de 1842, arts. 294 a 295)". Nada a acrescentar, ao que anota GALDINO SIQUEIRA, livro citado, pág. 221, a respeito deste artigo, que fôra suprimido em vários processos estaduais, inclusive no de Minas, mas cuja utilidade, para a justiça, não precisa ser encarecida.

58 — Art. 255. "Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento".

XXIV — Quando há acusador particular “(ou melhor, assistente do Ministério Público) — “nos crimes de ação pública deve ser citada a parte contrária — o réu —, ou então o órgão do Ministério Público, dispensada aquela. Quando o requerente é o Ministério Público, não depende de citação da parte contrária para se tomar o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*”. Anota OLIVEIRA FILHO, livro citado, pág. 220; e acrescenta: “O depoimento *ad perpetuam rei memoriam* pode ser tomado antes mesmo de iniciado o processo (WHITAKER). Em contrário pensa PIMENTA BUENO”. Penso que a razão está com o primeiro, dada a própria natureza da medida autorizada pelo nosso direito processual penal, — de urgência em benefício da prova iniciada ou a iniciar-se, regra tradicional, constituindo o art. 91 do Código de Processo Criminal.

59 — Art. 226. “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II, a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III, se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV, do ato do reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no n. III dêste artigo não terá aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas”.

XXV — “A apreciação do conjunto dos quadros é igualmente variável, de individuo a individuo; diante de uma criança, alguns observadores acham-na extremamente parecida com o pai, enquanto outros negarão isso, dizendo-a o retrato da mãe; uma fotografia que a uns parece de fidelidade exemplar, já para outros será tida como absolutamente infiel. É que nem todos têm, do conjunto da imagem, a mesma noção; e essa variabilidade pode influir na contradição entre dois depoimentos” (J. P. PÔRTO CARREIRO, obra citada, pág. 118).

O reconhecimento de pessoas pode influir poderosamente numa prova indiciária, atenta, porém, a sua relatividade. Nem tôdas as testemunhas terão *memória* visual capaz de descrever minuciosamente uma pessoa, desde os traços fisionômicos, precisos, (a não ser pela observação de um longo trato diário, e assim mesmo a memória falha, como poderá experimentar o juiz consigo mesmo, a respeito de pessoa com quem convive). Por isso mesmo, a testemunha do reconhecimento é convidada a *descrever a pessoa*, e não os seus traços, isto é, a dar uma impressão de conjunto, que pode estar fixada na retentiva (art. 226, I).

Como circunstância favorável ao *reconhecendo*, estabelece o n. II que este será colocado ao lado de outras pessoas que com ele pareçam, *quando possível*, pois nem sempre serão encontrados tais individuos parecidos, o que não invalidará o reconhecimento. Se a retentiva falha, com relação ao ausente, já assim não acontece quando se dá a *repetição* da presença da pessoa a ser reconhecida. Nessas circunstâncias, em geral, só deficiências especiais dos sentidos, físicas ou psíquicas, podem influir em contrário ao reconhecimento. Em todo o caso, deve-se ter em conta o modo e o tempo (duração e visibilidade) da observação que a testemunha teve da pessoa em tela.

O n. III contém regra que, de acôrdo com o parágrafo único, não se aplica na instrução criminal ou no plenário, o que o desloca para as diligências preliminares do processo-crime. Aliás, de modo geral, o reconhecimento se fará quase sempre no inquérito policial, podendo dar-se, na instrução ou no julgamento, uma repetição do mesmo, com as formalidades processuais. Tais formalidades, porém, não poderão exceder das do n. IV, em que se deduz da indicação das pessoas presentes que não se trata de um ato em que possam intervir diretamente as partes e os advogados.

Por outro lado — e para prevenir alegações dêstes, quando complicam as coisas defendendo em seu proveito o cabal preenchimento das formalidades —, o reconhecimento, de que aqui se trata, se deverá fazer quando haja *dúvida* sobre a pessoa. Não assim quando seja geralmente apontada e apenas, na inquirição, para bem fixá-la, se pergunte à testemunha se a reconhece.

60. As deficiências do reconhecimento de pessoas diminuem com relação às coisas, estáticas por natureza, e assim mais facilmente fixáveis na retentiva. Todavia, também aí deve-se ter em conta como e quando a testemunha as viu, pois não se pode exigir, por exemplo, lembrança completa de uma arma entrevista de relance, durante uma luta corporal.

61 — Art. 229. “A acareação será admitida entre acusados, entre acusados 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.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam 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, afim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente”.

XXVI — Acareação, ou careação, como prefere GALDINO SIQUEIRA, obra citada, pág. 221, “segundo FERRIÈRES, deriva-se da palavra *cara* ou *rosto* do homem. Designa a ação de confrontar uma testemunha com outra, pondo-as face a face uma da outra, e dando-se-lhe a conhecer as divergências dos seus depoimentos para que as expliquem”.

62. “Cada vez que duas ou mais testemunhas divergirem em suas declarações, o juiz as reperguntará em face uma da outra, mandando que expliquem a divergência, quando assim julgar necessário, ou lhe for requerido” — rezava o art. 96 do Código do Processo Criminal.

A acareação se diz também confrontação; entretanto, por êsse antigo Código, a confrontação é a reinquirição da testemunha na presença do réu, na antiga formação da culpa (art. 97).

Ampliou-se a careação, para atingir a tôdas as pessoas da prova, sem qualquer restrição. “Como ao juiz cabe dar aos informantes o crédito que merecerem em atenção às circunstâncias, pode determinar também sua acareação, desde que se torne necessária para desfazer divergências que de outro modo não possam ser elididas” (GALDINO SIQUEIRA, *idem ibidem*). A referência, no art. 229, a *testemunhas* apenas, mostra como, definitivamente, desapareceu o critério formal quanto aos informantes, na técnica não considerados testemunhas, como já se viu.

Ampliou-se ainda mais, contra a tradição velhíssima, admitindo confrontação entre testemunhas e acusado, entre acusado e ofendido, entre estes, entre êste último e aquelas, o que, a meu ver, é a consequência da abolição do *testis unus testis nullus*, para facultar ao juiz elementos com que possa avaliar ou ajuizar de um testemunho único, colocando a testemunha *cara a cara* com o réu ou com a vítima.

XXVII — 63. O interrogatório "é um meio de esclarecimento, como de defesa do réu, porque este é "constrangido" a dizer senão o que quiser, e pode até guardar silêncio" — já acentuava o marquês de São Vicente (PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, Rio, 3.^a edição, pág. 127). O interrogatório do réu, no atual processo, não modificou esse critério. Porém se o réu adianta esclarecimentos, em divergência com a prova testemunhal, será convidado a explicá-la, na acareação, mediante reperguntas e atentas as regras estabelecidas para inquirição. Ainda, o réu poderá ser acareado quando, ao invés do silêncio, se mantenha numa negativa peremptória da autoria ou participação no crime.

Já não há, quando acareado o réu, a aplicação do art. 186, quanto a não obrigação de responder; o réu é provocado a falar: há reperguntas, diante das quais não pode manter silêncio, mas fornecer as explicações a serem consignadas no termo.

64. Para a acareação, a divergência deve ser real, e não aparente como a *singularitas testium diversificativa* ou a *singularitas testium adminiculativa aut cumulativa* dos antigos doutores (GALDINO SIQUEIRA, *idem, ibidem*).

Aplicam-se, naturalmente, ao ato, tôdas as considerações que inspira o próprio testemunho humano, acrescidas das razões mais compreensivas, e desvalorizantes das suas assertivas, que possa ter o réu para negar o crime, ou o ofendido para procurar agravar a situação daquele — sempre, porém, livre o juiz para apreciar o grau de sinceridade de cada um.

Conclusões gerais — Tendo acompanhado o texto legal, artigo por artigo, parecem-me estas as conclusões mais destacáveis:

I — O novo C. P. P., ainda que haja estabelecido, amplamente, que toda pessoa poderá ser testemunha, dando a tôdas a denominação de *testemunhas*, manteve certas categorias de testemunhas legalmente suspeitas, deficientes e impedidas.

II — Dentro da divisão da história da prova testemunhal, feita pelo professor JULIANO MOREIRA, depois dos períodos empírico e lógico, estamos ainda e apenas no limiar do período psicológico, pelo que se devia facultar à justiça, cada vez mais, a perícia mental da

certeabilidade do testemunho, preconizada pelo professor PÔRTO CARRERO, obra citada, pág. 111.

III — O valor do compromisso de dizer a verdade, sob palavra de honra, decorre do maior ou menor valor moral da pessoa que o presta, pelo que, sabendo-se que o justo será justo com ou sem compromisso formal, tendo sido preferível a abolição deste, como se fez no C. P. C.

IV — A advertência do juiz à pessoa que vai depôr, sobre as penas do falso testemunho, nunca deve ter o caráter de intimidação moral que a desconcerte e atrapalhe.

V — Se, no interrogatório, o réu pode falar ou não, caso fale e haja necessidade de ser acareado, na acareação terá que responder, como os outros confrontados, às perguntas do juiz.

Sob o aspecto de legislação comparada, dos Estados, lutei com quase total deficiência de elementos, como se viu. Confesso que me surpreendeu que São Paulo não tivesse a sua legislação processual própria. Tive ocasião de encontrar, na Biblioteca da Secretaria do Interior, em Belo Horizonte, o Projeto do Código do Processo Penal do Estado de São Paulo, elaborado em 1931, por incumbência do Secretário da Justiça, Sr. Dr. Florivaldo Linhares, por uma comissão composta dos Drs. Abeilard de Almeida Pires, Alvaro Couto Brito e José Soares de Melo. A comissão revisora do projeto, aliás, já bem elaborado, comissão cujo valor se mostra pelo fato de ser seu presidente o Sr. ministro Costa Manso, não chegou a ultimar os seus trabalhos, em face das tendências já manifestas para a unificação processual — ao que me informa o meu ilustre colega Dr. Odilon Costa Manso.

Seria demasiada lisonja, sem base na realidade, dizer que foi por uma intuição histórico-judiciária que São Paulo deixou por tantos anos de ter o seu Código de Processo Penal. Entretanto, o fato é interessantíssimo, justamente pelo contraste com o que se está agora fazendo na sua Capital, esta realização que ficará notável na história jurídica brasileira, nos primórdios da aplicação do novo Código unitário. Pode, assim, este Estado, sem o embaraço de leis locais intermédias, festejar gloriosamente o reatamento nacional da tradição unificadora, depois de ter mourejado durante tanto tempo sob a égide do monumento de 1932, o Código de Processo Criminal.