

DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA RETIFICAR A INDICAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

A reforma realizada pela lei 11.719/08 foi omissa em relação à possibilidade do réu ser intimado pessoalmente para substituir testemunhas por ele arroladas ou indicar novo endereço das mesmas.

Pela disciplina anterior, se não fosse encontrada a testemunha arrolada na defesa prévia, o juiz poderia deferir o pedido de substituição nos termos do que dizia a antiga redação do art. 397 do Código de Processo Penal.

Assim, segundo o velho conteúdo do art. 405 do CPP, existia o prazo de 3 (três) dias para a substituição da testemunha, sob pena de prosseguimento do feito, sem a necessidade de se intimar uma nova a ser arrolada pelo procurador do acusado, a mando deste.

Com a omissão referida pode surgir a perigosa dúvida aos juízes se ainda é necessário intimar o réu para que indique o novo endereço da testemunha arrolada em sua defesa inicial (art. 396-A, CPP) e não encontrada ou a substitua por outra.

Assim, alguns magistrados podem não oportunizar ao réu a indicação de novo endereço das testemunhas arroladas por seu defensor ou a substituição das mesmas por outras, o que seria um absurdo sem propósito, porque se estaria impondo uma diretriz processual civil ao Direito Processual Penal.

Dessa feita, apesar de estarmos sob a égide da CR/88 que diz que os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e que estes por si mesmos, no processo penal, recomendam que o juiz intime o réu para a indicação de novo endereço das testemunhas arroladas por sua defesa ou a substituição das mesmas por outras, é necessário que seja editado dispositivo legal que traga em seu teor a mesma idéia contida nas antigas redações dos arts. 397 e 405 do Código de Processo Penal, conforme determina o princípio da ampla defesa e o sacrossanto direito à prova, o qual por sua vez é embasado no princípio da busca da verdade material diverso do princípio da verdade formal que abraça o processo civil.

Nesse sentido, valiosa é a lição de Andrey Borges Mendonça em sua obra, senão veja-se:

Entendemos, porém, que, **em atenção à ampla defesa e ao direito à prova, a parte deve ser intimada se não for encontrada ua testemunha, até mesmo para que providencie novo endereço onde esta se encontre.** (MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Ed. São Paulo: Método, 2008, p. 297) (**grifou-se**)

Essa idéia é reforçada pela definição de defesa no Direito Adjetivo Penal, a qual é formada por auto-defesa e defesa técnica. A primeira é promovida pelo réu e a segunda por seu defensor. Assim, a ampla defesa para o processo penal concretiza-se na possibilidade do Estado dar a todo réu a mais completa defesa, sendo

esta composta pela auto-defesa e defesa técnica, não sendo esta conceituação adotada pelo processo civil.

Corroborando com a noção de ampla-defesa no âmbito processual penal exposta, valioso é o magistério de Fernando Capez que com maestria define bem a questão pondo uma pá de cal sobre o assunto, senão veja-se:

3.4.4. Ampla defesa

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. (...) **O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 3, d, assegura a toda pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela Justiça, quando lhe faltar recursos suficientes para contratar algum** (cf. item 22.3: comentários à alínea *c* do inciso III do art. 564 do CPP). (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20) **(grifou-se)**

Assim, conclui-se que não é porque o novo texto do Código de Processo Penal é carecedor de norma que diga que o processado deva ser intimado pessoalmente para retificar a indicação da prova testemunhal que o juiz deva intimar apenas o advogado para realizar tal expediente, haja vista que a referida unidade de ordem normativa deva ser interpretado e aplicada, sistematicamente, de acordo com todo o arcabouço normativo constitucional e processual penal.

Então, *de lege ferenda*, o juiz deve oportunizar ao réu, por intimação pessoal do mesmo, o direito de indicar novas testemunhas ou de apresentar o atual endereço das mesmas, quando não forem encontradas nos dois casos, desta feita, e somente seguindo neste caminho, estará sendo valorizada e concretizada a garantia constitucional da ampla defesa.

Contudo, seria de bom senso que o legislador editasse normas similares às antigas redações dos art. 397 e 405 da Lei Geral Adjetiva Penal em novo dispositivo legal no CPP para que não se gere dúvida alguma sobre a situação exposta ao juiz, a fim de ser evitado, em última instância, prejuízo processual à parte ré pela mitigação da ampla defesa como demonstrado.

BIBLIOGRAFIA

1. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.
2. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo, 21. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

3. DIDIER JR, Fredie. Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva. 5. ed.. 2ª Tiragem. Salvador: JusPODIVM, 2005.
4. FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. 1 ed.. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
5. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
6. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 7. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
7. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 24. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

João Paulo Oliveira Dias de Carvalho é Defensor Público do Estado do Ceará, ex Defensor Público do Estado do Pará, onde foi Titular da Comarca de Belém, oficiando junto à 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Exerceu ainda, interinamente, a Coordenação de Política Criminal Metropolitana (Coordenação do NACRI - Núcleo Avançado de Atendimento Criminal da Defensoria Pública do Estado do Pará). Foi integrante da Comissão Organizada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Pará em 2009 para propor sugestões alteradoras do Código de Processo Penal à Escola Superior da Defensoria Pública da União. É ex-Procurador do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tendo sido lotado em Brasília / DF e atuado junto aos Tribunais Superiores, ao TRF da 1ª Região, ao TRT da 10ª Região, ao TJDF e ao TCU. É autor de artigos jurídicos.

Fonte: Artigo publicado na Revista Prática Jurídica, Ano IX – nº 101 de 31 de agosto de 2010