

Ação penal - Agravo regimental - Substituição de testemunha - Nova redação do art. 397 do Código de Processo Penal - Reforma processual penal - Silêncio eloqüente - Inocorrência - Análise teleológica do processo - Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil - Possibilidade - Alegação de fraude ao momento processual para o arrolamento de testemunhas - Improcedência - Agravo regimental desprovido

- A recente Reforma Processual Penal alterou capítulos inteiros e inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal. No contexto dessa Reforma, a Lei nº 11.719/2008 deu nova redação a inúmeros arts. e revogou diretamente outros. Dentre os dispositivos cujo texto foi alterado, encontra-se o art. 397, que previa a possibilidade de o juiz deferir a substituição de testemunha que não fosse localizada.

- A ausência de previsão específica do Código de Processo Penal acerca do direito à substituição não pode ser interpretada como “silêncio eloqüente” do legislador. A busca por um provimento jurisdicional final justo e legítimo não pode ser fulminada pelo legislador, sob pena de o processo não alcançar sua finalidade de pacificação da lide.

- A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí por que não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas, que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução.

- É inadmissível a interpretação de que a “vontade do legislador”, na Reforma Processual Penal, seria no sentido de impedir quaisquer substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora originalmente arrolada. Tal interpretação inviabi-

lizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da “verdade material”.

- Perfeitamente aplicável, à espécie, o art. 408, III, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a testemunha substituída não foi localizada em razão de mudança de endereço.

- O fato de a testemunha arrolada em substituição ser conhecida desde a época do oferecimento da denúncia não impede seu aproveitamento, quando houver oportunidade legal para tanto.

- No caso, não é possível vislumbrar fraude processual ou preclusão temporal para o arrolamento da testemunha substituta, tendo em vista que a testemunha que não foi encontrada existe e prestou depoimento na fase policial. Sua não localização no curso da instrução abre a possibilidade legal de sua substituição.

Agravo regimental desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL Nº 470-1 - MG - RELATOR: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Agravante: Kátia Rabello. Advogados: Thedomiro Dias Neto e outros. Agravante: José Roberto Salgado. Advogados: Rodrigo Otávio Soares Pacheco e outros. Agravante: Vinícius Samarane. Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva. Agravado: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva. Advogados: José Luis Mendes de Oliveira Lima e outros. Réu: José Genoíno Neto. Advogados: Sandra Maria Gonçalves Pires e outro. Réu: Delúbio Soares de Castro. Advogados: Celso Sanchez Vilardi e outro. Réu: Sílvio José Pereira. Advogados: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e outro. Réu: Marcos Valério Fernandes de Souza. Advogados: Marcelo Leonardo e outros. Réu: Ramon Hollerbach Cardoso. Advogados: Hermes Vilchez Guerrero e outros. Réu: Cristiano de Mello Paz. Advogados: Castellar Modesto Guimarães Filho e outros. Réu: Rogério Lanza Tolentino. Advogado: Paulo Sérgio Abreu e Silva. Ré: Simone Reis Lobo de Vasconcelos. Advogados: Leonardo Isaac Yarochevsky e outros. Ré: Geiza Dias dos Santos. Advogados: José Carlos Dias e outros. Ré: Ayanna Tenório Tôrres de Jesus. Advogados: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outros. Réu: João Paulo Cunha. Advogados: Alberto Zacharias Toron e outros. Réu: Luiz Gushiken. Advogados: José Roberto Leal de Carvalho e outros. Réu: Henrique Pizzolato. Advogados: Marthius Sávio Cavalcante Lobato e outra. Réu: Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto. Advogados: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outros. Réu: José Mohamed Janene. Advogados: Marcelo Leal de Lima Oliveira e outros. Réu: Pedro Henry Neto.

Advogados: José Antonio Duarte Alvares e outros. Réu: João Cláudio de Carvalho Genu. Advogados: Marco Antonio Meneghetti e outros. Réu: Enivaldo Quadrado. Advogados: Priscila Corrêa Gioia e outros. Réu: Breno Fischberg. Advogados: Leonardo Magalhães Avelar e outros. Réu: Carlos Alberto Quaglia. Advogados: Dagoberto Antoria Dufau e outros. Réu: Valdemar Costa Neto. Advogados: Marcelo Luiz Ávila de Bessa e outros. Réu: Jacinto de Souza Lamas. Advogados: Délio Lins e Silva e outros. Réu: Antônio de Pádua de Souza Lamas. Advogados: Délio Lins e Silva e outros. Réu: Carlos Alberto Rodrigues Pinto (Bispo Rodrigues). Advogados: Marcelo Luiz Ávila de Bessa e outros. Réu: Roberto Jefferson Monteiro Francisco. Advogado: Luiz Francisco Corrêa Barbosa. Réu: Emerson Eloy Palmieri. Advogados: Itapuã Prestes de Messias e outros. Réu: Romeu Ferreira Queiroz. Advogados: José Antero Monteiro Filho e outros. Réu: José Rodrigues Borba. Advogados: Inocência Mártires Coelho e outros. Réu: Paulo Roberto Galvão da Rocha. Advogados: Márcio Luiz da Silva e outros. Ré: Anita Leocádia Pereira da Costa. Advogado: Luís Maximiliano Leal Telesca Mota. Réu: Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho). Advogados: Márcio Luiz da Silva e outros. Réu: João Magno de Moura. Advogados: Olinto Campos Vieira e outros. Réu: Anderson Aduauto Pereira. Advogados: Roberto Garcia Lopes Pagliuso e outro. Réu: José Luiz Alves. Advogados: Roberto Garcia Lopes Pagliuso e outro. Réu: José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça). Advogados: Tales Castelo Branco e outro. Réu: Zilmar Fernandes Silveira. Advogados: Tales Castelo Branco e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em negar provimento ao agravo, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 23 de outubro de 2008. - *Ministro Joaquim Barbosa* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - Trata-se de Agravo Regimental interposto pelos réus Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane (fls. 18.022/18.026, volume 82), contra decisão monocrática em que deferi o pedido de substituição de testemunha, nos termos formulados pelo Procurador-Geral da República.

Os Agravantes alegam que a substituição foi deferida com base no art. 397 do Código de Processo Penal, que foi revogado pela Lei nº 11.719/08 anterior-

mente à prolação da decisão agravada, que, com isto, invocou dispositivo legal que não está mais em vigor.

Assim, sustentam que, tendo em vista o silêncio do Código de Processo Penal a respeito do tema, a substituição não pode mais ser admitida, por ausência de previsão legal a respeito.

Por fim, como fundamento alternativo do pedido, os Agravantes argumentam, *verbis* (fls. 18.024/18.026, volume 82):

[...] ainda que se pudesse conferir vigência ao dispositivo já revogado (na falta de regulamentação a respeito), de se notar que nem assim a aludida substituição se mostra possível.

É que o art. 397 (já revogado, insista-se) dispunha que o pedido de substituição de testemunhas não localizadas poderia ser deferido pelo juiz 'se esse pedido não tiver por fim frustrar o disposto nos arts. 41, *in fine*, e 395'.

Ora, *in casu*, é certo que a testemunha Carlos Roberto Sanches Godinho já era nacionalmente conhecida por ocasião do oferecimento da denúncia (notadamente pelo seu depoimento prestado à CPML), como o era do Ministério Público Federal, não tendo o d. Procurador-Geral da República à época entendido que seu depoimento era necessário para os fins da ação penal que naquele instante se propunha, tanto assim que não a arrolou no momento processual oportuno.

Ou seja, não será agora, em pedido inegavelmente seródio e sem demonstrar nenhum elemento novo que justifique tal oitiva, que o Procurador-Geral da República conseguirá ampliar o seu já extenso rol de 40 testemunhas, notadamente daquele que optou por não incluir no rol de testemunhas.

Data venia, o deferimento da substituição objurgada frustra inegavelmente o momento processual adequado para a indicação das testemunhas pela Acusação, ferindo de morte não só o antigo art. 397 do CPP, mas, sobretudo, o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal/88), violações com as quais não haverá de transigir esta Corte de Justiça.

Consigne-se, inclusive, que este próprio Supremo Tribunal já teve a oportunidade de reafirmar em diversos julgamentos que a regra do art. 397 não contempla a tentativa de burla do momento processual oportuno para a indicação das testemunhas:

[...]

Nestes termos, inexorável a conclusão pela impossibilidade da oitiva de Carlos Roberto Sanches Godinho em virtude da preclusão temporal no tocante à sua indicação, bem como pela ausência de fundamento legal que ampare a substituição da testemunha deferida pelo Eminentíssimo Relator, porquanto revogado o dispositivo legal invocado.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator) - O agravo regimental não merece provimento.

É bem verdade que a Lei nº 11.719/2008 deu nova redação aos arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do CPP, incluindo entre os dispositivos alterados o art. 397, que estabelecia a possibilidade de o juiz deferir a substituição de

testemunhas que não fosse localizada, salvo nos casos em que se constatasse a tentativa de burlar o prazo para seu arrolamento (denúncia, para a acusação, e defesa prévia, para a defesa).

Surge a seguinte questão: não sendo encontrada uma testemunha arrolada pela acusação ou pela defesa, no curso da instrução processual penal, qual será a consequência jurídica? Ficará prejudicada a busca pela melhor formação do convencimento do juiz?

A fase da instrução criminal é o momento em que são colhidas todas as informações em Direito admitidas, nos limites necessários à contínua marcha processual e à celeridade da prestação jurisdicional, mas sempre no sentido de que se profira uma decisão justa e que se aproxime, o máximo possível, dos fatos concretos submetidos a julgamento.

Essa busca pela “verdade material”, sempre balizada por princípios e garantias constitucionais fundamentais e à parte as polêmicas conceituais, não pode ser fulminada pelo legislador, sob pena de tornar ilegítima a decisão judicial final, por sua completa distorção em relação à realidade fática.

Pense-se, por exemplo, num caso em que não se localizasse nenhuma das testemunhas arroladas, por defesa ou acusação, existindo ainda outras, que seja por limitação legal do número de testemunhas arroláveis, seja para conferir celeridade à instrução, ou mesmo por alguma conveniência assim considerada pela parte, deixarem de ser arroladas. Não se pode imaginar que o processo, guiado que deve estar para um provimento final que realmente resolva e pacifique a questão debatida, exclua a possibilidade de substituição das testemunhas não encontradas, por outras eventualmente existentes.

Nas palavras de Nicola Framarino dei Malatesta,

[...] o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal no que respeita ao conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não [...]. O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal de suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1996. p. 82).

Ainda nas lições da doutrina, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho salientam que

As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, uma primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou ino-
corrência de certos fatos (*As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 141).

E prosseguem na mesma obra (p. 184-186):

A prova testemunhal, de relevante importância na área criminal, será produzida em decorrência de pedido das partes ou devido a ato de ofício do juiz: com efeito, o magistrado pode, além das arroladas pelas partes, ouvir outras testemunhas (art. 209 do CPP). À acusação e à defesa, por força dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, deve ser assegurado o direito de produzir no processo prova testemunhal, direito esse que se concretiza pela manifestação de diversas faculdades: de arrolar testemunhas, substituí-las ou delas desistir, com a garantia de que serão tomadas providências para inquirição das pessoas indicadas e, sobretudo, de participar efetivamente da audiência em que a prova testemunhal será produzida. A ofensa ao direito à prova das partes em qualquer uma de suas expressões concretas poderá redundar em nulidade. [...]

Caso a testemunha não seja encontrada, deve o juiz dar à parte oportunidade de se manifestar, podendo insistir na sua oitiva, indicando novo endereço ou dados para sua localização, substituí-la ou desistir de seu depoimento [...]; caso o feito prossiga, sem que a parte tenha tido oportunidade de se pronunciar sobre a testemunha não localizada, haverá nulidade.

Por tais razões, embora a possibilidade de substituição de testemunha “não encontrada” não esteja mais expressamente prevista no Código de Processo Penal, não há de se considerar que o legislador adotou um silêncio eloqüente na matéria. Até porque não houve uma revogação direta e expressa do antigo texto do art. 397 do diploma processual penal, mas sim uma reforma de capítulos inteiros do Código, por leis esparsas, alcançando aquele dispositivo, sem que se possa concluir, contudo, que a vontade do legislador seria a de impedir eventuais substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada a que fora arrolada originalmente. Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa.

Nesta linha de entendimento, considero perfeitamente aplicável à hipótese o art. 408 do Código de Processo Civil, nos termos em que o admite o art. 3º do Código de Processo Penal.

Prevê o referido dispositivo legal:

Código de Processo Civil

Art. 408. Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha:

I - que falecer;

II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.

O caso em análise se enquadra perfeitamente no inciso III do referido dispositivo legal. Consta da certidão de fls. 18.005-verso, relativa ao mandado de intimação da testemunha Paulo Leite Nunes, originalmente arrolada pelo Procurador-Geral da República:

Certifico e dou fé que, em cumprimento ao presente mandado, compareci ao endereço da Rua Herculano de Freitas, 1.542, apto. 02, Bairro Gutierrez, onde deixei de intimar a testemunha, em virtude de informação prestada pelo atual morador e confirmada pelo síndico de que ela mudou-se há aproximadamente um ano, não sabendo precisar o seu atual paradeiro.

Assim, nosso ordenamento jurídico admite, na hipótese concreta em análise, a substituição da testemunha não localizada, razão pela qual considero improcedente o argumento dos Agravantes no sentido de que o pedido de substituição é juridicamente impossível.

Resta, assim, analisar o argumento alternativo dos Agravantes, que diz respeito à “preclusão temporal” da indicação da testemunha Carlos Roberto Sanches Godinho, em substituição à testemunha Paulo Leite Nunes, que não foi localizada.

Para os Agravantes, esta substituição frustra o prazo legal para o arrolamento de testemunhas, que deveria ter sido promovido na denúncia. Isto porque

[...] a testemunha Carlos Roberto Sanches Godinho já era nacionalmente conhecida por ocasião do oferecimento da denúncia (notadamente pelo seu depoimento prestado à CPML), como o era do Ministério Público Federal, não tendo o d. Procurador-Geral da República, à época, entendido que seu depoimento era necessário para os fins da ação penal que naquele instante propunha, tanto assim que não a arrolou no momento processual oportuno.

Assim, na visão dos Agravantes, a decisão de deferimento da referida substituição testemunhal “frustra inevitavelmente o momento processual adequado para a indicação das testemunhas pela acusação” (fls. 18.025, vol. 82).

Não é o que se extrai dos autos.

A testemunha não encontrada, Paulo Leite Nunes, foi citada na denúncia e teria sido utilizada em uma das operações de lavagem de dinheiro junto ao Banco Rural, *verbis* (fls. 5.729, vol. 27): “Por intermédio de Paulo Leite Nunes, Romeu Queiroz também recebeu do grupo de Marcos Valério a quantia de R\$ 102.812,76, na data de 31/08/2004, nos termos do documento de fls. 196/195 do Apenso 05”.

Assim, a testemunha existe e foi arrolada pelo Procurador-Geral da República com o intuito de que corroborasse as alegações contidas na denúncia.

Contudo, referida testemunha não foi localizada, tendo em vista mudanças de endereço.

Não há como vislumbrar qualquer fraude na sua substituição por Carlos Roberto Sanches Godinho. O fato de a testemunha substituída ser conhecida desde a fase da denúncia não impede seu arrolamento posterior, em substituição a uma testemunha não localizada. Aliás, em regra, a testemunha substituída já é, mesmo, conhecida desde a época dos fatos. O não arrolamento original, por razões de ordem prática (a acusação vem

empreendendo esforços no sentido de tornar mais célere a instrução processual, inclusive desistindo de várias testemunhas arroladas na denúncia) ou por qualquer motivo considerado pelas partes na fase própria, não impede seu posterior aproveitamento pelas partes, caso haja oportunidade para tanto, como no caso concreto em análise.

Do exposto, não vislumbro qualquer tentativa de burla ao prazo processual para arrolamento das testemunhas.

Nego provimento ao agravo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, todos sabemos a origem, o móvel da revogação do art. 397 do Código de Processo Penal no que viabilizava a substituição de testemunhas. É que se teria ambigüidade para implementar-se essa substituição considerado o princípio da concentração encerrado no art. 41 do mesmo Código.

É forma essencial à valia da denúncia que o Estado acusador apresente, como está na parte final do art. 41, o rol de testemunhas. A prática acabou por revelar que se indicava - não é o caso da Procuradoria-Geral da República, estou falando o campo da generalidade - até mesmo rol de pessoas inexistentes e, posteriormente, no curso da ação penal, conhecidos outros elementos, procedia-se à substituição.

Veio o legislador e, em uma opção político-normativa, suprimiu esse preceito. E se passou a ter a concentração, quer considerado o Estado acusador, quer a defesa, quanto ao momento de apresentação do rol de testemunhas.

Então, não há agasalho - e as normas processuais são imperativas - para continuar-se convivendo com disciplina ultrapassada, viabilizando-se a substituição.

Mas há mais, Presidente. Irei também ao art. 408 do Código de Processo Penal, específico quanto ao procedimento a ser adotado no Tribunal do Júri. E aqui não poderíamos ter aplicação analógica se existentes o artigo - também não existe mais, quanto a essa substituição ele foi alterado pela reforma do Código de Processo Penal -, considerado o sistema que se mostrou claro com a supressão da substituição de testemunhas.

O Ministério Público apresentou, em face de haver vários acusados, um rol robusto em termos de número de testemunhas. E o fez atendendo ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. Uma delas não foi encontrada. E eis que pretendeu proceder à substituição, pedindo que, a meu ver, não tem amparo na ordem jurídica, ante - repito - a revogação do art. 397 do Código de Processo Penal.

Mas mesmo que pudéssemos - e não posso suplantando a derrogação verificada - entender possível a substituição, no caso, essa testemunha, conforme sustentado, já era conhecida, e poderia muito bem o

Ministério Público, ante a concentração preconizada pelo art. 41 do Código de Processo Penal, tê-la arrolado. Não o fez, Presidente, e, portanto, não há oportunidade agora, a partir desse gancho - não ter sido encontrada certa testemunha arrolada -, para a substituição.

Tendo em conta os três fundamentos, a revogação dos preceitos, a circunstância de tratar-se de pessoa já conhecida e que, portanto, poderia ter sido arrolada com a inicial, peço vênua para divergir e prover o recurso.

Explicação

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Presidente) - Embora eu não tenha voto, considero que a inadmissibilidade de substituição pode ser uma tese altamente danosa aos interesses da defesa, também.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 23.10.2008.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 30.04.2009.)

...