

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER DO DIREITO NORTE-AMERICANO:  
ANÁLISE DAS IRRADIAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

**GABRIELLE REZENDE DA SILVA**

Rio de Janeiro  
2018.2

**GABRIELLE REZENDE DA SILVA**

**O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER DO DIREITO NORTE-AMERICANO:  
ANÁLISE DAS IRRADIAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

Rio de Janeiro

2018.2

## CIP - Catalogação na Publicação

S586t Silva, Gabrielle Rezende da  
O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER DO DIREITO NORTE  
AMERICANO: ANÁLISE DAS IRRADIAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA  
BRASILEIRA / Gabrielle Rezende da Silva. -- Rio de  
Janeiro, 2018.  
80 f.

Orientadora: Antonio Santoro.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Testemunho por Ouvir Dizer. 2. Prova  
Testemunhal. 3. Processo Penal. 4. Provas. I.  
Santoro, Antonio, orient. II. Título.

**GABRIELLE REZENDE DA SILVA**

**O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER DO DIREITO NORTE-AMERICANO:  
ANÁLISE DAS IRRADIAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**

Data da Aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018.2

*À minha família, verdadeiro sentido da vida.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus gostaria de expressar minha eterna gratidão. Sem Ele não teria forças para chegar até aqui e não conseguiria sonhar com as metas que ainda irão se concretizar durante a minha trajetória. As promessas do Seu coração me fazem crer.

À minha avó, agradeço não só pelo apoio financeiro aos meus estudos, fundamental para todas as realizações, mas, sobretudo, pelo cuidado desde o dia em que nasci. Tenho a certeza que em seus braços encontrarei o consolo para todo tipo de choro.

Ao meu pai, gostaria de dizer que é muito bom saber que o meu herói é também o meu fã número um. Meu maior incentivador. Sua admiração por mim provém de toda a educação e amor que você plantou no meu caminho. Agradeço, inclusive, por cada grito estremecedor, eles me fizeram avançar muito além do que eu poderia imaginar.

À minha irmã, deixo aqui uma singela homenagem perto de tudo que ela representa para mim. Minha fonte de inspiração desde criança, agradeço por cada ensinamento e, principalmente, por você nunca ter impedido que eu vivenciasse os momentos ruins de cada fase, pois você sabia que estes fariam a diferença no meu crescimento como ser humano.

Ao meu marido, palavras não são suficientes para expressar todo o meu amor. O apoio diário me fez compreender que todas as coisas são possíveis quando empregamos árdua dedicação na conquista dos nossos sonhos. Estranho seria se eu não me apaixonasse por você.

Agradeço ao meu orientador por ter acreditado desde o princípio nesse tema e por toda a calma transmitida durante a preparação do trabalho.

Sou grata da mesma forma aos amigos que conquistei até hoje e que fazem parte dessa etapa. Digo conquistar porque, sem sombra de dúvida, eles representam um dos meus maiores troféus, já que pessoas preciosas exigem esforço para que continuem ao nosso lado com o passar dos anos.

*“Saber ouvir quase que é responder.”*

Pierre de Marivaux

## RESUMO

A presente monografia apresenta conceitos gerais sobre o testemunho por ouvir dizer baseado no direito norte-americano, que pormenoriza a regra para seus operadores de maneira minuciosa através das exceções legais. Inicialmente, pontos da teoria geral da prova são listados, evidenciando conceito e função, princípios que norteiam a temática probatória, espécies, questão de admissibilidade e sistemas de avaliação da prova penal brasileira. Em seguida, aprecia-se a prova testemunhal e suas características, espécies, etapa de formação e a valoração que recebe em relação a outros meios de prova a fim de fundamentar a decisão do juízo. Sob a ótica das leis estadunidenses, a testemunha por ouvir dizer é definida pela origem, noções gerais, pela regra geral de que não é uma evidência e pelas numerosas ressalvas que são admitidas no curso do processo. A partir da análise da jurisprudência brasileira de forma qualitativa, foram levantados dados com o intuito de demonstrar como a testemunha que ouviu dizer sobre o fato a partir de um terceiro é compreendida pelas decisões e acórdãos proferidos no país. É nítido que o assunto deveria ser aprofundado pela doutrina pátria e, por conseguinte, há uma limitação na exploração do tópico quando da aplicação da lei.

**Palavras-chave:** Provas. Processo Penal. Prova Testemunhal. Valoração. Testemunho por Ouvir Dizer.



## ABSTRACT

The present study presents general concepts about the hearsay rule based on American law, which lays down the rule for the system operators, what thoroughly details the legal exceptions. Initially, points of the general theory of evidence are listed, highlighting the concept and the function, the principles that guide the thematic evidence, species, question of admissibility and the systems of evaluation of the evidence's penal Brazilian. Then, is appreciated the evidence of witnesses and their characteristics, species, stage of formation of the testimony and the valuation receive in relation to other ways to evidence in order to substantiate the decision of the judgment. Under the lens of laws from The United States of America, hearsay testimony is defined by the origin, general notions, by the general rule that is not an evidence and from the numerous exceptions that are admitted in the course of the process. From the analyze of the Brazilian jurisprudence in a qualitative way, were collected data with the goal of showing how the witness who heard about the fact from a third party is understood by the decisions and judgments pronounced in the country. It is clear that the subject should be deepened by the doctrine homeland and, therefore, there is a limitation in the exploration of the topic when law is enforced.

**Key-words:** Evidences. Criminal Procedural. Testimonial evidence. Valuation. Hearsay testimony.

## LISTAS DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

**AC** – Apelação Criminal

**AREsp** – Agravo em Recurso Especial

**Art.** – Artigo

**CF** – Constituição Federal

**CPP** – Código de Processo Penal

**CP** – Código Penal

**Des.** – Desembargador

**HC** – Habeas Corpus

**MP** – Ministério Público

**p.** – Página

**Rel.** - Relator

**RESE** – Recurso em Sentido Estrito

**REsp** – Recurso Especial

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

**TJ** – Tribunal de Justiça

**§** – Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO 1 – VALORAÇÃO E LIMITES DA PROVA PENAL</b> .....	14
1.1. Conceito e Função da Prova.....	14
1.2. Princípios do Direito Probatório.....	15
1.2.1. Contraditório e Ampla Defesa .....	15
1.2.2. Presunção de Inocência e <i>In dubio pro reo</i> .....	16
1.2.3. Princípio da Vedação da Prova Ilícita e da Verdade Real.....	17
1.2.4. Princípio da Proporcionalidade .....	18
1.3. Sistemas de Valoração da Prova .....	19
1.4. Licitude da Prova .....	22
1.4.1. Prova Ilícita.....	22
1.4.2. Prova Ilegítima.....	23
1.5. Admissibilidade das Provas Ilícitas .....	24
<b>CAPÍTULO 2 – A PROVA TESTEMUNHAL</b> .....	26
2.1. Características da Prova Testemunhal .....	26
2.2. Classificação das Testemunhas .....	28
2.3. Das Etapas do Testemunho .....	31
2.4. Valoração da Prova Testemunhal .....	33
<b>CAPÍTULO 3 – O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER</b> .....	37
3.1. Origem do Testemunho Hearsay.....	37
3.2. Noções Gerais .....	38
3.3. Da Vedação ao Uso.....	41
3.4. Das Exceções Admitidas.....	42
3.4.1. <i>Federal Rule of Evidence</i> 803 .....	42
3.4.2. <i>Federal Rule of Evidence</i> 804 .....	48
3.4.3. <i>Federal Rule of Evidence</i> 805.....	49
3.4.4. <i>Federal Rule of Evidence</i> 806.....	50
3.4.5. <i>Federal Rule of Evidence</i> 807.....	51
<b>CAPÍTULO 4 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL</b> .....	52
4.1. Metodologia de Seleção dos Julgados.....	52
4.2. Análise dos Julgados .....	53
4.2.1. Primeiro Paradigma .....	53
4.2.2. Segundo Paradigma .....	56

4.2.3. Terceiro Paradigma .....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	62
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	65
<b>ANEXO 01</b> .....	70

## INTRODUÇÃO

A prova, como meio de convencimento do julgador acerca dos fatos, busca demonstrar a verdade processual. Nesse sentido, cumpre destacar que a prova testemunhal é considerada o principal modo de construção do convencimento na maior parte dos processos criminais.

Destarte, tendo em vista a importância desta espécie probatória no arcabouço do processo penal, o presente trabalho tem por objetivo analisar o testemunho por ouvir dizer de maneira pontual. O conteúdo desse testemunho, também denominado como testemunho indireto, é baseado no que a testemunha ouviu ou teve conhecimento através de informações obtidas por terceiros.

Assim, é um depoimento fornecido através do conhecimento do que alguém lhe falou a respeito ou por ter ouvido um terceiro narrando ou contando o fato controvertido. Essa especificidade, portanto, deve ser analisada por meio da delimitação do instituto, buscando a compreensão da admissibilidade e do valor probatório.

A princípio, o direito norte-americano estabelece como paradigma o fato de que “*hearsay is no evidence*” - ouvir dizer não é evidência. Segundo as *Federal Rules of Evidence*, o testemunho por ouvir dizer não é admitido nas Cortes Estadunidenses.

No entanto, para essa regra existem diversas exceções. Na maior parte dos casos, as restrições são mais flexíveis quando o declarante depõe baseado em documentos que comprovem um maior nível de confiabilidade ou quando este se encontra indisponível para prestar depoimento em juízo.

No âmbito brasileiro, a testemunha por ouvir dizer é caracterizada como aquela que não experimentou do fato pessoalmente e, por isso, não consegue especificar os requisitos de objetividade e continuidade temporal, pois não vivenciou por si mesma a situação.

Cumpre destacar que o sistema jurídico brasileiro, ao tomar para si esse depoimento, acabou por se inspirar no Direito Norte-Americano e, desse modo, o observa com certa similaridade ao atribuir-lhe um valor diferenciado quando comparado a outros tipos de provas, pois a valoração do testemunho pode ser facilmente comprometida pela distorção em suas vertentes relacionadas à credibilidade e à fragilidade.

Seguindo essa linha de pensamento, apesar deste modelo probatório não ter um ator ativo e presencial na ocorrência do suposto delito, a reconstituição fidedigna da situação pode não ser alcançada, culminando na contaminação e na influência de um saber alheio ao de quem processualmente depõe.

Ao ser imbuída de diversas suposições e fatos não necessariamente precisos e corretos, um juiz, por exemplo, poderia ser convencido por esse tipo de prova, sendo importante perceber como é feita a recepção processual desse artifício.

Neste diapasão, no decorrer do presente trabalho serão explicitadas algumas noções básicas sobre a prova penal no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de facilitar a compreensão do ponto de partida para a elaboração do tema.

Em seguida, serão tecidas breves considerações sobre o tipo de depoimento estudado no Direito dos Estados Unidos, a fim de verificar a origem, as proibições na atribuição de valores passíveis de exclusão e as exceções abarcadas no sistema estadunidense.

Na parte final da pesquisa, a análise jurisprudencial será imprescindível para a assimilação de como a testemunha por ouvir dizer não está *a priori* excluída do sistema probatório brasileiro, visto que em alguns casos pode ser aceita, parcialmente aceita ou vedada, a depender do entendimento dos Tribunais e dos casos concretos.

## CAPÍTULO 1 – VALORAÇÃO E LIMITES DA PROVA PENAL

### 1.1. Conceito e Função da Prova

O Processo Penal tem por objetivo a reconstrução de uma conduta passada, que se amoldou a um certo tipo penal, por meio da atividade probatória. Por mais que a busca da verdade processual seja complexa, não há como formar o convencimento do magistrado sem essa demonstração lógica.

Nesse sentido, o professor Guilherme Nucci delimita o conceito de prova da seguinte maneira:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetiva para o deslinde da demanda.<sup>1</sup>

Nas palavras de Aury Lopes Junior, “o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença”.<sup>2</sup>

Portanto, o ato de provar é o que permite o recolhimento dos elementos capazes de apontar para a veracidade das alegações processuais, a fim de que a convicção do julgador seja formada, cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.<sup>3</sup>

Dessa forma, conforme Gustavo Badaró preleciona, os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática.<sup>4</sup>

Para isso, o ramo processual dispõe de diversos meios e métodos de obtenção de prova que almejam a reconstrução dos fatos. Contudo, ocorre uma limitação dessa atividade através da observância de princípios e garantias que norteiam a seara probatória.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.

<sup>2</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>3</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2017.

## 1.2. Princípios do Direito Probatório

Os princípios são normas gerais superiores que formam as bases do ordenamento jurídico. Podem ser expressos ou implícitos, mas em ambas as formas determinam diretrizes para os operadores do Direito.

Na precisa definição de Miguel Reale:

Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.<sup>5</sup>

O Direito Processual Penal Brasileiro possui diversos princípios que representam a postulação da política processual penal, pois se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Todavia, será feita uma breve análise daqueles que são fundamentais para o entendimento do presente trabalho relacionados à teoria da prova.

### 1.2.1. Contraditório e Ampla Defesa

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal prevê que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o direito do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”.<sup>6</sup>

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intimamente relacionados, visto que a efetividade de um se liga à observância do outro. No entanto, existem diferenças essenciais, conforme descrito na obra de Ada Pellegrini Grinover:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>6</sup> BRASIL. **Vade Mecum Penal: Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 10.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



O contraditório, portanto, decorre do ato em que “as partes devem ser ouvidas e ter oportunidades de manifestação em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos realizados e dos que irão se realizar, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário àquelas juntadas aos autos”.<sup>8</sup>

Na mesma linha, explana Aury Lopes Junior:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.<sup>9</sup>

Desse modo, o direito de defesa e o binômio informação e reação devem ser observados em quatro momentos da prova: na postulação pela produção da prova com a denúncia ou resposta escrita; na admissão da prova realizada pelo magistrado e a possibilidade de impugnação; na produção probatória no decorrer da instrução processual, momento em que as partes participam e assistem a este ato; e, na valoração no momento da sentença por meio do controle da racionalidade da decisão.

### 1.2.2. Presunção de Inocência e *In dubio pro reo*

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVII, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>10</sup>

Assim, é necessário que ocorra um esgotamento das vias judiciais para que o acusado possa ser considerado culpado pelo fato que lhe é imputado, demonstrando a preocupação constitucional com a segurança jurídica até que se tenha uma decisão de caráter definitivo.

Contudo, importante esclarecer que o princípio da presunção de inocência se desdobra em duas máximas: o dever de tratamento e a regra de julgamento. A primeira regra requer uma posição negativa do julgador e do acusador ao tratarem o réu como inocente no curso do processo antes de ser tomada qualquer deliberação sobre o caso.

---

<sup>8</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>9</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 97.

<sup>10</sup> BRASIL, 2018, p. 10.

De acordo com a obra de André Nicollit, embora recaiam sobre o imputado as suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo.<sup>11</sup>

A segunda diretriz estabelece que, em caso de dúvida, a decisão será proferida no sentido da absolvição do acusado devido à ausência de certeza. Essa disposição secundária está relacionada ao princípio do *in dubio pro reo*, pois, partindo do princípio que, segundo Lopes Junior (2017, p. 355, apud FERRAJOLI, 1997, p. 152) “cabe ao acusador a carga de descobrir hipóteses e provas”, quando estas não são suficientes para a comprovação da materialidade e da autoria do crime, o juiz deve absolver o réu porque as provas não conseguem atestar o delito de modo indubitável na sentença condenatória.

### 1.2.3. Princípio da Vedação da Prova Ilícita e da Verdade Real

O Processo Penal possui como principal escopo a busca da verdade em relação aos fatos delituosos devido à gravidade da afetação dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

A partir disso, o princípio da verdade real “diz respeito ao poder dever inquisitivo do juiz penal, tendo como objeto a demonstração da existência do crime e da autoria. A prova penal, assim, é uma reconstrução histórica, devendo o juiz pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade dos fatos”.<sup>12</sup>

Apesar da ambição da busca da verdade através dos meios mais fidedignos que se possa aplicar, o que ocorreu de fato durante a circunstância delituosa torna-se praticamente impossível de ser reconstruído.

Por isso, assevera Lopes Junior:

O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal. A verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> NICOLLIT, André. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61.

<sup>12</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Intercepções telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34.

<sup>13</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 376-377.

A relação do princípio da verdade real com o princípio da vedação da prova ilícita encontra-se no liame entre a verdade processual que se almeja e em quais são os tipos de provas que são aceitos e, sobretudo, quais não são abarcados pelo processo penal.

Em alguns momentos, a admissão da prova ilícita no processo pode gerar um impasse entre a segurança social em contraposição à liberdade individual. Assim, o artigo 5º, LVI do texto constitucional ao dispor que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, deve ser lido em conformidade com o princípio da proporcionalidade.<sup>14</sup>

A vedação da prova é subdividida em duas formas de provas ilegais, sendo prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual e prova ilícita quando a ofensa for ao direito material.

Conforme enaltece Renato Brasileiro de Lima:

Em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.<sup>15</sup>

Ressalta-se, por oportuno, que a prova ilegítima sequer é utilizada no processo e, quando admitida, deve ser desentranhada dos autos. Ao passo que a prova ilícita, por ser produzida no desenrolar processual, gera divergência doutrinária em relação à admissibilidade e, em momento oportuno, serão analisadas as teorias que se debruçam sobre o tema.

#### 1.2.4. Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas. A tomada desses atos acarreta para o cidadão danos mais graves quando comparados com o parâmetro basilar do interesse público.

Segundo parte da doutrina, há uma tríplice dimensão desse princípio, ramificada nos sub-princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., p. 10.

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Dessa maneira, o meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais, será adequado quando com seu auxílio for possível a obtenção do resultado almejado e, por fim, com a ponderação dos valores em confronto e havendo adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia.<sup>16</sup>

Segundo Reis e Gonçalves, “a doutrina tem adotado o princípio da proporcionalidade nos casos em que a vedação da prova ilícita se confronta com outra norma constitucional, verificando, no caso concreto, qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro.”<sup>17</sup>

Apesar de ser adotada por uma corrente minoritária, a tese de atenuação da vedação das provas ilícitas aparece com certa frequência em alguns casos concretos. Isso acontece porque, em casos excepcionais ou de extrema gravidade, o interesse do tutelado pode se sobrepor à tutela da intimidade, por exemplo.

No entendimento de Moreira:

O juiz deve analisar se a medida é indispensável, verificando se a transgressão se explica por necessidade autêntica, que torne o comportamento da parte escusável, ou se, ao contrário, a alegação poderia ser provada por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício levado ao processo.<sup>18</sup>

Tem-se como exemplo, a admissão de provas ilícitas para provar a inocência do réu. O direito de defesa e o princípio da presunção de inocência, nessa hipótese, iriam preponderar sobre o direito de punir do Estado, para que a inocência do acusado seja atestada por meio de uma prova ilícita. Enfatiza-se que não seria razoável impedir a admissão de uma prova que fundamente a absolvição do réu em razão da ilicitude.<sup>19</sup>

Conclui-se, assim, que nenhum princípio ou direito é absoluto e pode sofrer ponderação quando necessário e com a devida justificação de acordo com os fatos correlacionados ao caso concreto.

---

<sup>16</sup> DA SILVA, César Dário Mariano. **Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade**. Acessado em 20 nov. de 2018. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>>

<sup>17</sup> REIS; GONÇALVES, 2015, p. 250.

<sup>18</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1997, p. 125-134.

<sup>19</sup> LIMA, 2016, p. 919.

### 1.3. Sistemas de Valoração da Prova

O ordenamento jurídico brasileiro não possui um sistema de provas tarifado, isto é, não existem regras específicas e preceitos determinados que auxiliam o juiz na valoração das provas.

O artigo 155 do CPP estabelece que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.<sup>20</sup>

Todavia, o cenário nem sempre foi esse, pois o sistema de avaliação de provas sofreu consideráveis modificações com o aperfeiçoamento dessa matéria. Inicialmente, no sistema legal ou tarifado “o julgador deveria ater-se às regras de avaliação preestabelecidas na lei processual. Portanto, cada prova tinha um valor legal”.<sup>21</sup>

A confissão tinha caráter absoluto e uma única testemunha não tinha grande influência para fins de valor probatório. Logo, “não se permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso”.<sup>22</sup>

Diz Pacelli<sup>23</sup>:

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento.

Esse modelo de prova foi superado e o princípio da livre convicção modificou a limitação em que o magistrado se encontrava para basear sua decisão. No entanto, há um enorme perigo nesse meio de avaliação da prova, posto que o julgador não possui nenhum parâmetro a ser seguido e é plenamente livre para decidir como bem entender.

---

<sup>20</sup> BRASIL, op. cit., p. 247.

<sup>21</sup> POLASTRI LIMA, Marcellus. **A Prova Penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2003, p. 73.

<sup>22</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 367.

<sup>23</sup> PACELLI, 2017, p. 312.

A livre convicção é o sistema de avaliação presente no procedimento do Tribunal do Júri, onde os jurados não ficam adstritos a nenhum critério de aferição e decidem de acordo com a liberdade disponível para fundamentar o veredito da condenação ou da absolvição do réu.

Gradativamente, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado foi se aperfeiçoando e passou a integrar a avaliação das provas em substituição aos sistemas anteriores.

De acordo com Marcellus Polastri, o juiz agirá livremente na apreciação das provas, mas a avaliação deve ser feita com base em regras científicas e preestabelecidas. Deverá o juiz fundamentar e motivar a decisão de optar por esta ou por aquela prova.<sup>24</sup>

O arcabouço do livre convencimento motivado não só requer a fundamentação de todas as decisões tomadas pelo Judiciário, mas, além disso, por meio dele “o julgador deixou de ter uma participação meramente instrumental para, finalmente, ser o sujeito responsável pela valoração da prova e conseqüente tomada da decisão”.<sup>25</sup>

Cabe ressaltar que a fundamentação do juiz está assentada no artigo 93, IX, da CF ao prever, *in verbis*, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.<sup>26</sup>

Expõe Nereu Giacomolli:

Alcançou-se o princípio do livre convencimento motivado ou da livre persuasão racional da prova, isto é, valora-se o que foi produzido nos autos, com exteriorização da motivação fática e jurídica. Porém, essa liberdade de convencimento não é absoluta; encontra limite na prova admissível, no que pode ser considerado prova. A livre apreciação não significa discricionariedade ilimitada à consideração valorativa dos elementos colhidos sem o crivo do contraditório desvirtuam o sistema probatório e a própria essência do processo penal.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> POLASTRI LIMA, 2003, p. 74.

<sup>25</sup> GESU, Cristina Di. **Prova Penal & Falsas Memórias**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010, p. 35-36.

<sup>26</sup> BRASIL, op. cit., p. 37.

<sup>27</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Prova Penal – Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2015, p. 43-44.

Logo, pode-se dizer que, apesar da autonomia do julgador ao prolatar a sentença, é essencial que a apreciação seja coerente, mas, acima de tudo, que a valoração da prova seja sustentada por uma fundamentação que elucide a linha de raciocínio utilizada pelo magistrado no caso concreto.

#### **1.4. Licitude da Prova**

A Constituição Federal de 1988 designa no artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A partir do preceito constitucional, é necessário verificar que, apesar da ampla defesa, existem limites à atividade probatória.<sup>28</sup>

Nessa linha, Reis e Gonçalves disciplinam:

Não seria lógico que o Estado, a pretexto de distribuir justiça, permitisse que seus agentes ou que particulares violassem normas jurídicas para garantirem o sucesso do esforço probatório, pois, assim, estaria, paradoxalmente, incentivando comportamentos contrários à ordem jurídica que pretende tutelar com a atividade jurisdicional.<sup>29</sup>

Outrossim, cabe salientar que a Lei nº 11.690/2008 alterou o CPP para dispor em seu art. 157 que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.<sup>30</sup>

É, portanto, imprescindível a diferenciação entre a prova ilícita e a prova ilegítima para a compreensão do tema no que diz respeito aos momentos de obtenção, introdução, produção e valoração probatória.

##### **1.4.1. Prova Ilícita**

A prova ilícita pode ser definida como aquela que viola alguma regra de direito material ou a própria Carta Magna de 1988. Desse modo, não é preciso que tenha ligação com a fase processual para que uma prova seja considerada ilícita.

A ilicitude está vinculada com o momento da obtenção probatória, tendo em vista que seu recolhimento será anterior ou concomitante ao processo, mas sempre fora deste. Podem ser citadas como exemplos de provas ilícitas, a obtenção de extrato de movimentação bancária

---

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., p. 10.

<sup>29</sup> REIS e GONÇALVES, 2013, p. 256-257.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., p. 247.

obtido através de violação de sigilo bancário ou a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial.

Na definição de Fernando Capez:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.<sup>31</sup>

Na mesma linha de pensamento, explana Pacelli:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Prossegue o autor:

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.<sup>32</sup>

Conclui-se que a observância quanto às provas ilícitas não deve se ater somente ao meio pelo qual a prova é produzida, mas também devem ser observados os resultados quando da sua utilização como meio de prova.

#### **1.4.2. Prova Ilegítima**

Ao contrário da prova ilícita, a prova ilegítima se relaciona com a violação de normas de natureza processual. Logo, a ilegalidade da prova se manifesta no exato momento da produção de provas no processo.

Entretanto, a prova ilícita, que viola regras de direito material, também pode ser simultaneamente uma prova ilegítima, caso a lei processual discipline certa vedação a fim de que sejam garantidas a lógica e a finalidade do processo.

---

<sup>31</sup> CAPEZ, 2016, p. 279.

<sup>32</sup> PACELLI, 2017, p.37.



Conforme esclarece Lopes Junior, em outra dimensão, “as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado, pela repetição”.<sup>33</sup>

Sobre o tema, dispõe Norberto Avena que, “diversamente do que ocorre com a ilicitude, na ilegitimidade é possível imaginar a norma violada com disposição oposta à que contém, sem que, com isso, nela se vislumbre qualquer inconstitucionalidade”.<sup>34</sup>

Portanto, as provas ilegítimas são aquelas que podem ser obtidas por meio legal, mas possuem conteúdo eivado por vício. Como exemplo, temos o interrogatório sem a presença do advogado ou a perícia realizada por apenas um perito não oficial, contrariando regra disposta no artigo 159, § 1º do CPP, que designa que “na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”.<sup>35</sup>

### 1.5. Admissibilidade das Provas Ilícitas

A prova ilícita suscita uma discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade do uso quando altamente relevante para a apuração dos fatos, conforme já mencionado no item correferido ao princípio da proporcionalidade. Para alguns, nesse caso, a prova deveria ser alijada, visto que obtida em desconformidade com as regras de direito material.

No entanto, parte dos autores sustenta a utilização da prova para punir o agente pelo ilícito administrativo, civil ou penal, quando da possibilidade de produção e valoração da prova ilícita.

Atualmente, conforme dispõe Antonio Scarance, existem quatro correntes sobre a admissão das provas ilícitas no Processo Penal: a admissibilidade da prova quando esta não for vedada pelo ordenamento processual; a inadmissibilidade absoluta decorrente de proibição constitui-

---

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 395.

<sup>34</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., p. 247.

onal; a inadmissibilidade de prova obtida em evidente afronta à norma constitucional que culminaria em inconstitucionalidade; e a admissão nas situações excepcionais em decorrência do princípio da proporcionalidade.<sup>36</sup>

Para a doutrina minoritária, a violação ao direito material seria inexpressiva caso a prova não fosse expressamente rechaçada nas normas de Direito Processual. No lado oposto encontram-se os autores que sustentam a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, mas, assim como a primeira tese, esta não possui força quando se compreende que não existe um caráter absoluto entre regras e princípios.

Sobre a última teoria, Ada Pellegrini aduz:

Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra de inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da “proporcionalidade” e, nos Estados Unidos da América, da “razoabilidade”; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a ideia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.<sup>37</sup>

Ademais, para alguns autores como Vicente Greco Filho e Aury Lopes, “a prova ilícita só poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse em favor do réu. Trata-se da proporcionalidade pro reo, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”.<sup>38</sup>

Entretanto, quando utilizada para absolvição de um réu inocente, essa prova não pode ser emprestada para utilização em outro processo. Por isso, “não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar injusta condenação de alguém (proporcionalidade)”.<sup>39</sup>

Desse modo, a proibição da prova obtida por meios ilícitos não é uma vedação absoluta. A análise da prova deve ter como base o princípio da proporcionalidade com o intuito de assegurar a proteção ao bem jurídico mais relevante após a ponderação.

---

<sup>36</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **O Processo Penal Constitucional**. 7ª ed; rev, atual e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 37, 1992. Disponível em < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1400> > Acessado em 28 out. 2018.

<sup>38</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 398.

<sup>39</sup> Ibid., p. 399.

## CAPÍTULO 2 - A PROVA TESTEMUNHAL

### 2.1. Características da Prova Testemunhal

A prova testemunhal é um dos principais meios de prova utilizado no Processo Penal Brasileiro, apesar de também ser visto como um meio altamente manipulável e com escassa confiabilidade. O artigo 202 do CPP dispõe que “toda pessoa poderá ser testemunha”.<sup>40</sup>

Logo, entende-se por testemunha a pessoa que é desinteressada na lide e vem à baila processual para demonstrar ao juízo o que sabe acerca dos fatos sobre os quais o magistrado necessita sentenciar.

Conforme ensina Xavier de Aquino<sup>41</sup>: “o testemunho se consubstancia no transmitir para a autoridade competente o conhecimento de um fato que se litiga com finalidade probatória”.

Segundo definição de Renato Brasileiro:

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.<sup>42</sup>

A doutrina majoritária dispõe que as três principais características da prova testemunhal são a oralidade, a objetividade e a retrospectividade. A oralidade está relacionada ao fato de que a prova “deve ser colhida por meio de uma narrativa verbal prestada em contato direto com o juiz e as partes e seus representantes.”<sup>43</sup>

Sobre a oralidade, preleciona Malatesta:

O carácter fundamental do testemunho, aquele que o especifica como uma das formas particulares da afirmação de pessoa, diferenciando-o da outra forma particular chamada documento, o carácter fundamental, repito, do testemunho assenta no facto de

---

<sup>40</sup> BRASIL, op. cit., p. 251.

<sup>41</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14.

<sup>42</sup> LIMA, 2016, p. 680.

<sup>43</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ser oral; qualidade oral efectiva, em regra, ou mesmo simplesmente potencial, excepcionalmente: é esta a forma essencial, sem a qual a afirmação de pessoa não é testemunho.<sup>44</sup>

As ressalvas que devem ser feitas quanto à oralidade se aplicam ao depoimento dos mudos, surdos ou surdos-mudos, e, também, aos depoimentos do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal.

Em todos os casos acima citados, os depoimentos poderão ser prestados por escrito, conforme determinação dos artigos 192 e 221, §1º do CPP.<sup>45 46</sup>

Ao passo que a objetividade, segundo Nestor Távora, delimita que “deve a testemunha cingir-se a declarar aquilo que apreciou, sem emitir opinião pessoal, salvo quando inseparáveis da narrativa dos fatos”<sup>47</sup>, de acordo com o artigo 213 do CPP<sup>48</sup>.

Quanto à objetividade, importante mencionar que esta não passa de uma ficção, visto que a partir do momento que a testemunha profere assertivas sobre os fatos percebidos por ela, pode não emitir juízo de valor sobre o ocorrido, mas já compreende os acontecimentos de uma forma diversa quando comparada a uma outra pessoa por ter vivências diferentes, agregando este detalhe ao seu modo de recontar o ocorrido, por exemplo.

Nesse diapasão, afirma Nucci que, “qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, *como* tudo ocorreu”.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1935, p. 341.

<sup>45</sup> Art. 192, CPP: O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

<sup>46</sup> Art. 221, §1º, CPP: O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

<sup>47</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 465.

<sup>48</sup> Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 489.

Por fim, a última característica da prova testemunhal seria a retrospectividade, tendo em vista que o fato é um acontecimento pretérito e, por isso, “a testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva”.<sup>50</sup>

As três características primordiais da prova no âmbito penal revelam a fragilidade da espécie devido à influência das emoções, da memória, da apreciação crítica, dos comportamentos, entre outros fatores decisivos durante o processo de formação e da colheita do testemunho.

Desse modo, Di Gesu adverte que “isso tudo gera um alerta acerca da falibilidade do testemunho. Os riscos são multiplicados no processo, tendo em vista que nenhuma regra processual é capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito”.<sup>51</sup>

Para concluir, depreende-se do artigo 210 do CPP uma outra característica da prova testemunhal, qual seja, a individualidade. Para evitar a influência de uma testemunha no conteúdo do testemunho da outra, há a determinação de que a oitiva aconteça de maneira separada a fim de que se mantenha a incomunicabilidade das testemunhas no processo.<sup>52</sup>

## 2.2. Classificação das Testemunhas

A classificação da prova testemunhal é um tópico doutrinário que conserva algumas distinções entre os autores.

Entretanto, para o propósito deste trabalho serão ponderadas as classificações que guardam melhor relação com a temática do testemunho por ouvir dizer.

A princípio, a testemunha pode ser dividida em direta ou indireta. A testemunha direta, que também é denominada como presencial, é aquela que vivenciou o fato sem desvios, em sua frontal completude, ou seja, *de visu*. Em contrapartida, a testemunha indireta é aquela que tomou conhecimento do fato por terceiros.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 469.

<sup>51</sup> DI GESU, 2014, p. 74.

<sup>52</sup> Art. 210, CPP: 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. Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

<sup>53</sup> GIACOMOLLI; PRADO; SILVEIRA; VALENTE, 2015, p. 135.

Assim sendo, explica Nucci:

As testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declaração sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. (...) Por outro lado, quando a testemunha depõe sobre o que ouviu dizer de outra pessoa, continua a declarar um fato, isto é, está narrando aquilo que lhe contou um terceiro, não deixando de ser isso uma ocorrência.<sup>54</sup>

O testemunho indireto é a definição básica do que é considerado como testemunha do ouvir dizer, possuindo regras específicas nos sistemas de outros países, como na Inglaterra e nos Estados Unidos. As particularidades do sistema norte-americano, que são um dos vetores de análise da presente monografia, serão apreciadas no capítulo subsequente.

Segundo Sérgio Ricardo de Souza:

Alguns sistemas jurídicos vinculados ao common law (v.b., o inglês, o irlandês, o canadense, o australiano, o americano etc.) estabelecem restrições ao testemunho indireto, mormente quando direcionado à prova do fato, atento ao brocardo: *regula est quo testis alieno non veleat* (é regra que não tenha valor a testemunha que ouviu o fato de outrem), classificando-a dentro de uma regra denominada de *hearsay*, que por sua vez vem a ser ‘todo meio de prova cujo valor probatório se extrai de uma fonte informativa oculta’. (...) Verifica-se que nesses sistemas a testemunha de ouvir dizer é instada a indicar a sua fonte e esta então deverá ser ouvida, aí sim colhendo-se uma prova válida, até porque, esta é direta e a sua particularidade decorre apenas da forma como foi descoberta e trazida para dentro do processo.<sup>55</sup>

Por outro lado, existem as testemunhas numerárias, isto é, aquelas que contam numericamente para efeito de aferição da quantidade máxima de testemunhas legalmente permitida, que foram arroladas pelas partes e que prestaram compromisso legal.<sup>56</sup>

As testemunhas extranumerárias, segundo Aury Lopes, “são aquelas que não prestam compromisso de dizer a verdade e, portanto, não podem responder pelo delito de falso testemunho”. Ademais, “seu depoimento deve ser valorado com reservas, conforme os motivos que lhes impeçam de ser compromissadas”.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> NUCCI, 2016, p. 489.

<sup>55</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza. **Manual da Prova Penal Constitucional**. 2ª ed., rev., ampl. e atual, Curitiba: Jurua Editora, 2014, p. 92.

<sup>56</sup> LIMA, 2017, p. 920.

<sup>57</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 467.

Polastri Lima (2003, p. 143) enaltece que no processo penal “distingue-se com precisão a testemunha, que presta compromisso e depõe sob pena de falso testemunho, das demais pessoas ouvidas, como o ofendido, parentes do acusado, parentes do ofendido, menores, que não prestam compromisso e são considerados declarantes. Assim, a testemunha presta depoimento; as demais são declarantes (apud GRECO FILHO, Vicente, 1996, p. 205).

Há também a diferenciação entre testemunha própria ou imprópria. A própria “é aquela que depõe sobre o *thema probandum*, ou seja, acerca da imputação da peça acusatória”.<sup>58</sup>

Ao passo que a testemunha imprópria é a que informa ou presta um parecer sobre um ato da persecução criminal<sup>59</sup>. Essa também é conhecida como testemunha fedatária, ou seja, “testemunha da fé”, tendo em vista que sua finalidade é revestir o ato procedimental de maior credibilidade, como, por exemplo, a testemunha que declara que presenciou a apresentação do preso à autoridade durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, nos termos do art. 304, §2º do CPP.<sup>60</sup>

Existe, ainda, a testemunha referida, trata-se de uma pessoa que foi mencionada por outra testemunha em seu depoimento. Inicialmente, não estava no rol de testemunhas original dos autos, mas, caso seja requerido pelas partes ou de ofício pelo juiz, nos termos do art. 209, §1º do CPP<sup>61</sup>, poderá ser colhido seu depoimento no desenrolar do processo.<sup>62</sup>

Caso a testemunha esteja impossibilitada de prestar depoimento por causa de alguma enfermidade ou devido à idade avançada, seu depoimento é denominado *ad perpetuam rei memoriam*. Nesse caso, “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”<sup>63</sup>, de acordo com o art. 225 do CPP<sup>64</sup> cuja oitiva será feita pelo procedimento da produção antecipada de provas para que não haja nenhum risco desse depoimento deixar de ser colhido.

---

<sup>58</sup> LIMA, 2016, p. 920.

<sup>59</sup> TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 470.

<sup>60</sup> Art. 304, §2º, CPP: A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

<sup>61</sup> Art. 209, §1º CPP: Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

<sup>62</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 468.

<sup>63</sup> LIMA, 2016, p. 921.

<sup>64</sup> Art. 225, CPP: 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.

### 2.3. Das Etapas do Testemunho

A pessoa física, que relata as circunstâncias das quais tem conhecimento, deverá prestar depoimento no dia em que for intimada a comparecer em juízo para a inquirição, sem que seja permitido trazer o depoimento por escrito, nos termos do artigo 204 do CPP.<sup>65</sup>

Para além disso, no Processo Penal prevalece a regra de que nenhuma pessoa pode recusar-se a depor quando intimada. Caso contrário, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a condução coercitiva da testemunha regularmente intimada que não compareceu em juízo sem justificável motivo, de acordo com artigo 218 do CPP<sup>66</sup>.

Em relação às restrições, é imperioso frisar que o artigo 206 do CPP traz um rol de testemunhas que estão dispensadas de depor.<sup>67</sup> Essa recusa disciplinada no Código busca evitar que relações de parentesco interfiram na credibilidade do depoimento, protegendo as relações interpessoais que nutrem maior proximidade.

Diametralmente em oposição às testemunhas que podem se recusar a depor encontram-se aquelas que estão proibidas de fazê-lo. O impedimento está respaldado no artigo 217 do CPP, que determina na literalidade que “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”.<sup>68</sup>

Sobre o tema, explica Alexis Couto de Brito:

Aqui, não se trata de um parâmetro ético ou parâmetro moral, mas de um parâmetro legal. São pessoas que, em virtude de função, ofício, ministério ou profissão que exercem estão vinculadas ao sigilo legal, estando proibidas de depor, ainda que assim desejem. Contudo, como em qualquer caso, esse sigilo não é absoluto, ou seja, é disponível, de modo que aquele que confidenciou o fato pode abrir mão do sigilo. Caso isso ocorra, a decisão sobre a realização do depoimento será uma deliberação ética do profissional.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> Art. 204, CPP: O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito.

<sup>66</sup> Art. 218, CPP: 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.

<sup>67</sup> Art. 206, CPP: 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 o 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.

<sup>68</sup> BRASIL, op. cit., p. 252.

<sup>69</sup> BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.



Importante lidar com a exceção relacionada ao compromisso ou ao juramento, consubstanciada no artigo 208 do CPP<sup>70</sup>, quando se estiver diante do depoimento de pessoas portadores de necessidades especiais, menores de 14 anos e aos casos previstos no artigo 206 do CPP sobre a recusar em depor pelos parentes e afins.

O compromisso do artigo 203 do CPP define que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (...)”.<sup>71</sup>

Assim, nas palavras de Lopes Junior:

É uma formalidade necessária, ainda que não garanta, por óbvio, a veracidade do depoimento. Essas pessoas não estão impedidas de depor; contudo, por não serem compromissadas, suas declarações deverão ser vistas com reservas e menor credibilidade quando da valoração da prova na sentença.<sup>72</sup>

Ato contínuo, após se compromissar a falar a verdade, sob palavra de honra, ocorrerá a qualificação das testemunhas nos termos da parte final do art. 203 do CPP<sup>73</sup>, que não será impeditivo para que o juiz desde logo colha o depoimento, pois procederá em seguida com os meios necessários para a verificação da identidade da testemunha, como define o art. 205 do CPP<sup>74</sup>.

Em seguida à identificação das testemunhas, antes que seja iniciada a colheita do depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias que a tornem suspeita de parcialidade, de acordo com o artigo 214 do CPP<sup>75</sup>.

Aduz Mittermayer:

A suspeição, em geral, resulta de uma possibilidade in abstracto, a qual em cada espécie (in concreto) não impede a intervenção de outras considerações não menos graves; é

---

<sup>70</sup> Art. 208, CPP: Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

<sup>71</sup> BRASIL, op. cit., p. 251.

<sup>72</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 466.

<sup>73</sup> Art. 203, CPP: 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.

<sup>74</sup> Art. 205, CPP: 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.

<sup>75</sup> Art. 214, CPP: Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

preciso compará-las, pesar umas e outras; e só depois de maduro exame é que o juiz decide se a testemunha produzida não parece dar as necessárias garantias da veracidade.<sup>76</sup>

A sistemática de formulação das perguntas para as testemunhas será realizada pelas partes de maneira direta, em conformidade com a reforma do CPP pela Lei 11.690/2008 que alterou o art. 212 do CPP<sup>77</sup>, cabendo ao juiz complementar a inquirição caso algum ponto não tenha ficado totalmente esclarecido.

Ocorre, portanto, o *direct-examination* ou exame direto pela parte que arrolou a testemunha a partir de suas indagações e, em seguida, o *cross-examination* ou exame cruzado, no qual a parte contrária articula as perguntas que deverão ser respondidas pela testemunha.

No terceiro capítulo, a compreensão do *cross-examination* será aprofundada, visto que esta é a oportunidade que a parte adversa tem para buscar a fonte do testemunho do ouvir dizer, impedindo que o depoimento seja baseado apenas em meros e infieis boatos, sem causa, sem origem e sem possibilidade de comprovação.<sup>78</sup>

Verifica-se, nesse contexto, que a sistemática do exame direto é o ponto crucial para que o contraditório seja respeitado e a inobservância do rito legal pode acarretar em nulidade relativa, de acordo com entendimento dos Tribunais Superiores.

Ao final da etapa de colheita do testemunho, este será reduzido a termo e assinado pela testemunha, conforme dispõe o art. 216 do CPP<sup>79</sup>. Caso a testemunha resida fora da jurisdição do juiz, ela será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, por meio da expedição de carta precatória, segundo estipulação do caput do art. 222 do CPP<sup>80</sup>.

## 2.4. Valoração da Prova Testemunhal

---

<sup>76</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Trad. De Herbert Wüntzel Heinrich, 3ª ed., Campinas: Boockseller, 1996.

<sup>77</sup> Art. 212, CPP: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

<sup>78</sup> NUCCI, 2016, p. 498.

<sup>79</sup> Art. 216, CPP: 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.

<sup>80</sup> Art. 222, caput, CPP: 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.

Tratando especificamente da prova testemunhal, de acordo com José de Aquino, “o testemunho, no processo penal, é o centro das investigações, influenciando sobremaneira na *opinio delicti* do representante do Ministério Público e na convicção do julgador”. Dessa forma, “quanto mais consentâneo com a realidade for o testemunho, mais provável será que o agente do Poder Judiciário julgue o caso que se encontra sob sua apreciação, como se ele próprio tivesse testemunhado o fato”.<sup>81</sup>

Nos dizeres de Alexis de Brito:

No campo de valoração, não se atribui maior ou menor validade à prova testemunhal. Ela é uma prova como qualquer outra, sendo apta a influenciar o livre conhecimento do magistrado. Mas na prática, acaba recebendo um peso maior, sendo muito raro que não seja utilizada como a base da condenação ou absolvição.<sup>82</sup>

Destaca-se que, apesar do Processo Penal ter à disposição vários meios de prova para a comprovação do fato delituoso, na prática a prova testemunhal, em muitos casos, é a única via capaz de esclarecer a situação judicialmente enfrentada e, portanto, realizar a reconstrução fáctica que culmina na acertada decisão do magistrado.

Sobre a questão, André Nicolitt elucida:

A prova testemunhal é de inegável valor probatório. Contudo, há de ter sempre em mente que o ser humano é incapaz de reproduzir fielmente um fato pretérito. É comum que durante o depoimento, mormente diante da solenidade do ato e com a presença inibidora das autoridades do judiciário e do Ministério Público, o nervosismo tome conta da testemunha, o que facilita sobremaneira a imprecisão de informações. Desta forma o magistrado deve ter muito cuidado na apreciação da prova para discernir entre pequenas incongruências do depoimento, fruto do nervosismo natural do ato, incoerências que comprometam seu valor probatório.<sup>83</sup>

O juiz possui a liberdade a partir do sistema da persuasão racional para, fundamentadamente, esculpir o convencimento que foi percorrido nos autos, gerando na sentença um juízo de aprovação de determinada hipótese por meio do conjunto probatório.

Ressalta-se, nesse diapasão, de acordo com Lopes Junior (2017, p. 369), que “essa liberdade não é plena na dimensão jurídico-processual, pois, não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova (e, por conseguinte, a crítica valoração dela) por meras conjeturas ou, por mais honesta que seja, sua opinião (apud LEONE, Giovanni, 1963, v. II, p.157)”.

---

<sup>81</sup> AQUINO, 1995, p.15.

<sup>82</sup> BRITO e FABRETTI e LIMA, 2015, p. 217.

<sup>83</sup> NICOLITT, 2010, p. 410.

De forma precisa define Miranda Coutinho:

O importante, enfim, neste tema, é ter-se um julgador consciente das suas próprias limitações (ou tentações?), de modo a resguardar-se contra seus eventuais prejuízos, que os tem não porque é juiz, mas em função da sua ineliminável humanidade.<sup>84</sup>

A força da prova testemunhal quando comparada com outros meios de prova reside no fato de que esta possui uma presunção de verdade e, além disso, se apoia nas ressalvas e metodologias utilizadas pelo CPP para organizar a colheita do testemunho, quando especifica pessoas impedidas de depor ou até mesmo quando requer explicações da testemunha sobre as razões pelas quais ela tem conhecimento do ocorrido.

Levando esta conjuntura em consideração, a sentença condenatória pode ser embasada apenas por um único testemunho. No entanto, os outros meios de prova trazidos aos autos do processo devem corroborar com este depoimento testemunhal.

Caso totalmente oposto ocorre quando se possui um amplo rol de testemunhas, mas os depoimentos não são o bastante para atestar ou para negar a condenação. A quantidade de testemunhas não é relevante, pois o que torna o testemunho a peça chave das provas é a credibilidade aferida a partir deste e o valor atribuído a ele pelo julgador.

Assim, de acordo com Giacomolli, “a valoração advém da observação da realidade e da argumentação. Há necessidade de justificação para possibilitar a distinção, a comparação, o discernimento, na perspectiva de dar o sentido adequado e possível ao caso penal”.<sup>85</sup>

Tratando-se da diferenciação entre testemunha direta e indireta, conforme Marcellus Polastri elucida (2003, p. 135), “em tese não há diferença na valoração, pelo juiz, entre o testemunho direto e o indireto, já que, aqui como na Itália, o juiz está obrigado a motivar o resultado de aquisição da prova e os critérios adotados na valoração (apud TONINI, Paolo, 1998, p. 53)”.

Contudo, na mesma temática, que compõe o aspecto nodal do presente trabalho, Aury Lopes afirma que os depoimentos prestados pelas testemunhas indiretas “devem ser valorados

---

<sup>84</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução Aos Princípios Gerais Do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 198.

<sup>85</sup> GIACOMOLLI; PRADO; SILVEIRA; VALENTE, 2015, p. 49-50.

pelo juiz atendendo às restrições de sua cognição, pois não se trata de uma testemunha presencial, daí decorrendo um maior nível de desconhecimento do fato e, portanto, de contaminação”.<sup>86</sup>

No entendimento de Oswaldo Valle Filho, a pessoa que testemunha por ouvir dizer obsta a defesa a apreender as razões e a fonte de conhecimento que residem na fonte de informação original. Para ele, esses testemunhos não indicam a fonte de seu conhecimento e só seriam admitidos caso a pessoa que originou o recurso do depoimento fosse chamada a depor em juízo para que a valoração fosse aferida.<sup>87</sup>

Com isso, acentua-se o risco da aceitação do conteúdo do testemunho do ouvir dizer:

O risco, na generalidade dos casos *hearsay*, é que nestas declarações forjam-se deduções de confiança, ou seja, o depoimento indireto revela uma situação em que o julgador não pode ingressar na esfera de credibilidade, pois a sua percepção é reflexa, e o julgador não teve a oportunidade de contra-interrogá-lo [sic] nem pô-lo a juramento.<sup>88</sup>

Assim sendo, a valoração da prova testemunhal, principalmente a indireta, deve ser apreciada pelo juiz a fim de verificar a utilidade agregada ao paradigma processual quando utilizada na fundamentação da sentença absolutória ou condenatória.

---

<sup>86</sup> LOPES JUNIOR, 2017, p. 467.

<sup>87</sup> VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da Prova, a Teoria do Testemunho de Ouvir Dizer**. 1 ed. São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2004, p. 360.

<sup>88</sup> VALLE FILHO, 2004, p. 123-124.

## CAPÍTULO 3 – O TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER

Após a breve exposição da teoria geral da prova no processo penal brasileiro, o estudo do testemunho *hearsay* será pormenorizado. A partir desse ponto, é indispensável que o instituto seja averiguado sob a ótica do direito norte-americano.

### 3.1. Origem do Testemunho Hearsay

A Constituição dos Estados Unidos da América prevê na Emenda VI que “em todos os processos criminais, o acusado terá direito (...) de ser acareado com as testemunhas de acusação” (tradução nossa).<sup>89 90</sup>

O trecho acima dispõe sobre a cláusula de confrontação. A partir dessa premissa, o acusado tem a oportunidade de confrontar a prova testemunhal de maneira direta utilizando o *cross-examination* durante o julgamento. Assim, é necessário que as partes tenham amplo acesso aos depoentes para que seus depoimentos sejam rebatidos de forma direta.

De maneira sucinta, John Wigmore estabelece a evolução do instituto no ordenamento jurídico anglo-americano. Para o autor, existiram três períodos cruciais para o desenvolvimento da *hearsay rule*.<sup>91</sup>

Em um primeiro momento, até meados de 1500, não se opor é visto como um modo de utilização por parte do júri das declarações testemunhais por pessoas que não estão no julgamento. Após um período de menos de dois séculos, durante os quais surge um sentido de impropriedade de tais fontes de informação, e, por isso, a noção de forma gradual, mas, definitivamente, molda-se, no decurso de uma experiência difícil, visto que a razão desta impropriedade deriva-se do fato de que todos os depoimentos para serem usados como testemunho devem ser feitos apenas quando a pessoa afetada por eles tem a oportunidade de provar a confiabilidade, por meio do *cross-examination*.

---

<sup>89</sup> In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

<sup>90</sup> CONSTITUTION of the United States. **United States Senate**. Disponível em < [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm) > Acessado em 10 nov. 2018.

<sup>91</sup> WIGMORE, John. **The History of the Hearsay Rule**. Harvard Law Review, Vol. 17, nº. 7, 1904, p. 458.

Por último, existiu um terceiro momento, no início de 1700, onde se deu uma aceitação geral da regra como uma parte fundamental da lei. Em resumo, este parece ter sido o curso de desenvolvimento dessa regra, que deve ser estimada, próximo ao júri de avaliação, como uma grande contribuição da eminência prática para o sistema jurídico de jurisprudência do procedimento (tradução nossa).<sup>92</sup>

Embora o tempo preciso e as razões para a regra do ouvir dizer não possam ser completamente conhecidos, acredita-se que a regra restou universalmente aceita no sistema norte-americano em meados de 1800.<sup>93</sup>

Foi, no entanto, somente em 1975, que o *hearsay* foi formalmente adicionado como regra esculpida no texto das *Federal Rules of Evidence*. Com o passar do tempo, foram assimiladas muitas exceções à regra, estas já permeavam o ordenamento jurídico do país.

Isto posto, até os dias atuais se discute sobre o verdadeiro propósito da regra em quesito de matéria probatória. Contudo, é inegável que o amplo desenvolvimento do tema no sistema da *common law* permitiu o aprofundamento quanto às especificidades temáticas e as excepcionalidades que circundam a discussão.

### 3.2. Noções Gerais

O conceito de testemunha por ouvir dizer está presente nas *Federal Rules of Evidence* do direito norte-americano. A *Rule 801* articula que ouvir dizer engloba todos os depoimentos, sejam asseverações verbais ou não verbais, oferecidos fora do âmbito do tribunal, que são fornecidos com o objetivo de provar a verdade da questão invocada na deposição.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> What we find, then, in the development of the Hearsay Rule is: (1) A period up to the middle 1500's during which no objection is seen to the use by the jury of testimonial statements by persons not in court; (2) Then a period of less than two centuries, during which a sense arises of the impropriety of such sources of information, and the notion gradually but definitely shapes itself, in the course of hard experience, that the reason of this impropriety is that all statements to be used as testimony should be made only where the person to be affected by them has an opportunity of probing their trustworthiness by means of cross-examination; (3) Finally, by the beginning of the 1700's, a general and settled acceptance of this rule as a fundamental part of the law. Such, in brief, seems to have been the course of development of that most rule which may be esteemed, next to jury-trial, the greatest contribution of that eminently practical legal system to the world's jurisprudence of procedure.

<sup>93</sup> HEARSAY, a brief history. **Lawyers.com**. Acessado em 13 nov. 2018. Disponível em < <https://blogs.lawyers.com/attorney/civil-practice/hearsay-a-brief-history-33130/> >

<sup>94</sup> "Hearsay means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

Desse modo, a regra em desfavor da declaração por ouvir dizer previne que uma testemunha deponha sobre o que uma terceira pessoa disse com o intuito de provar a verdade de um depoimento que foi obtido fora do tribunal.<sup>95</sup>

Conforme definição de Michael Fenner:

A regra do ouvir dizer exclui como prova um tipo de informação que todos nós usamos o tempo todo em nossa vida cotidiana: informação de segunda mão. A regra expressa uma preferência judicial pelo conhecimento em primeira mão. Nós queremos no rol de testemunhas uma pessoa que tem o conhecimento em primeira mão do item em questão (tradução nossa).<sup>96 97</sup>

Portanto, no sistema estadunidense a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* e, por isso, o testemunho com base no que se ouviu dizer, a *hearsay rule*, não é, de forma geral, admitido.

Para além disso, é preciso saber o que não é considerado *hearsay* de acordo com a definição legal. Dessa forma, existem diferentes variedades de declarações que não são consideradas da categoria por ouvir dizer: um prévio depoimento de testemunha declarante e uma declaração de uma parte contrária.<sup>98</sup>

No primeiro caso, a testemunha declarante é submetida ao *cross-examination* em relação a uma declaração prévia. Todavia, a declaração é inconsistente com o testemunho do declarante e foi colhida sob a pena de perjúrio em julgamento, audiência ou em outro procedimento ou em uma deposição.

Cabe ressaltar sobre o *cross-examination* que, na visão de Wigmore, contra interrogar a testemunha adversária é a razão de existência da cláusula de confrontação, sendo a regra do ouvir dizer e a possibilidade de confrontar expressões distintas que dizem respeito ao mesmo princípio.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> HEARSAY, a brief history. **Lawyers.com**. Acessado em 13 nov. 2018. Disponível em < <https://blogs.lawyers.com/attorney/civil-practice/hearsay-a-brief-history-33130/> >

<sup>96</sup> FENNER, G. Michael. **The residual exception to the hearsay rule: the complete treatment**. Creighton Law Review, Vol. 33, n. 2, 2000. p. 265.

<sup>97</sup> The hearsay rule excludes from evidence a kind of information that we all use all of the time in our everyday lives: second-hand information. The rule expresses a judicial preference for first-hand knowledge. We want on the witness stand a person who has first-hand knowledge of the item in question.

<sup>98</sup> *Rule of Evidence* 801 (d)

<sup>99</sup> WIGMORE, 1904, p. 380.



Nesse contexto, também não é *hearsay* quando a declaração é consistente com o testemunho do declarante e é oferecida para refutar uma acusação, expressa ou implícita, da qual o declarante recentemente produziu ou agiu a partir de uma recente influência indevida ou motivo para testemunhar.

De igual modo, também o fez para reabilitar a credibilidade do declarante como uma testemunha quando atacada por outro motivo; ou, por fim, quando a declaração identifica uma pessoa como alguém que o declarante reconheceu anteriormente.

No segundo caso não definido como *hearsay*, a declaração oferecida em face da parte oposta pode ter sido feita pela parte por meio de uma capacidade individual ou representativa; ou, quando trata-se de uma declaração que a parte manifestou ter adotado ou acreditado estar certa; ou, que foi feita por uma pessoa autorizada a prestar a declaração sobre o tema; ou, que foi realizada por um agente ou um empregado da parte em uma ocasião baseada na relação e enquanto esta perdurava; ou, que foi prestada por conspiração das partes durante ou no progresso da conspiração.

Ressalte-se que nessa hipótese, de uma declaração de uma parte contrária, o estatuto prevê que a declaração deve ser considerada, mas não por si só o declarante deve estabelecer a autoridade, a existência ou âmbito da relação e a existência da conspiração ou a participação nas devidas conjunturas.

Importante enaltecer que, tratando-se das previsões estabelecidas nas regras de *hearsay* de acordo com as *Federal Rules of Evidence*, considera-se testemunha alguém que presta depoimento sob juramento, a partir do rol de testemunhas contido no processo. E, por declarante entende-se como aquele que faz uma declaração de qualquer tipo, estando ou não sob juramento, dentro ou fora do âmbito do tribunal.

Em suma, toda prova é introduzida ao processo para sustentar uma série de preposições que estão conectadas na cadeia de custódia. Caso alguma das preposições dessa cadeia seja uma verdade sobre o fato controverso que tenha sido obtida fora do alcance do tribunal, a evidência recai na tradicional definição do *hearsay*, também traduzido como “boatos”.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> HEARSAY in United States Law. **Wikipedia**. Acessado em 20 nov. de 2018. Disponível em < [https://en.wikipedia.org/wiki/Hearsay\\_in\\_United\\_States\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Hearsay_in_United_States_law) >

### 3.3. Da Vedação ao Uso

A Regra 802 que proíbe o testemunho por ouvir dizer afirma que ele não é admitido a não ser que esteja estabelecido em Estatuto Federal, nas *Federal Rules of Evidence* ou em outras regras prescritas pela Suprema Corte dos Estados Unidos.<sup>101</sup>

Além disso, de acordo com Eleanor Swift, é indispensável que se observe a diferença entre as testemunhas e os declarantes do ouvir dizer. Para a autora, as testemunhas são aquelas que participam do julgamento e se sujeitam aos questionamentos. Logo, os fatos que fundaram as circunstâncias e que afetam a qualidade dos testemunhos estão prontamente disponíveis para utilização, ao passo que isso não é possível com os declarantes.<sup>102</sup>

Dessa maneira, devido à ausência do declarante que ouviu dizer durante o julgamento, a parte que precisa provar determinados pontos é privada de fazê-lo por não poder se pautar nos fatos fundacionais do caso. Ao mesmo tempo, a parte contrária também é privada da oportunidade de contra verificar o testemunho baseado no ouvir dizer a respeito dos fatos principais que estão nessas declarações.

Por isso, tendo em vista os problemas ocasionados pela impossibilidade da confrontação direta e a falta de juramento da pessoa que originalmente proferiu a declaração fora do tribunal, a regra que proíbe o depoimento baseado no que se ouviu dizer passou a ser um princípio de exclusão dos depoimentos na ocorrência dos julgamentos.

Na mesma linha, expõe o autor J.H. Wootten:

A regra contra boatos não é simplesmente uma regra contra repetir o que alguém disse. Ela envolve um complexo conjunto de distinções e exceções que confunde um leigo, e que muitos advogados serão incapazes de lembrar, ou se tornará errado, quando o ponto surgir de repente no tribunal (tradução nossa).<sup>103 104</sup>

<sup>101</sup> Rule 802 – The Rule Against Hearsay. Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court.

<sup>102</sup> SWIFT, Eleanor. **A Foundation Fact Approach to Hearsay**, 75 California Law Review, 1987, p. 1341-1342.

<sup>103</sup> WOOTTEN, John Halden. **Report 29 outline - The rule against hearsay**. New South Wales. Law Reform Commission, Sydney, 1978, p. 3.

<sup>104</sup> The rule against hearsay is not simply a rule against repeating what someone has said. It involves a complex set of distinctions and exceptions which bewilder a layman, and which many lawyers will be unable to remember, or will get wrong, when the point suddenly arises in court.

Similarmente, cumpre destacar que a privação da oportunidade que a outra parte tem para confrontar e examinar a “verdadeira” testemunha, que originalmente disse ou ouviu algo, coloca em perigo o princípio constitucional do devido processo legal assegurado no texto da Constituição Norte-Americana.<sup>105</sup>

Em síntese, a proibição dessa prova no direito estadunidense reside no fato de que impossibilita a submissão da testemunha ao *cross-examination*, visto que este é uma aferição da credibilidade, por meio do qual o declarante é indagado sobre diversas questões com a finalidade de se averiguar a existência de contradições no depoimento.

Por derradeiro, outros dois argumentos que justificam a vedação ao uso se pautam na inexistência do juramento do terceiro declarante, que é realizado pela testemunha direta, e na ausência de aparência de prova, já que, por não comparecer para depor, a parte que não arrolou essa testemunha não pode comprovar as inconsistências do testemunho.<sup>106</sup>

### 3.4. Das Exceções Admitidas

#### 3.4.1. *Federal Rule of Evidence 803*

A lei norte-americana com o intuito de equalizar a importância de uma prova processual com a prevenção do uso de uma evidência, na maior parte dos casos, não confiável, sistematizou algumas exceções à regra. Existem vinte e três modalidades de exceções quanto à *Rule Against Hearsay* que estão delimitadas na Regra 803 das *Federal Rules of Evidence*.

Conforme aduz Mara Afzali:

A teoria por trás das exceções categóricas é que, sob as circunstâncias apropriadas o testemunho por ouvir dizer pode possuir uma garantia circunstancial de confiabilidade suficiente para justificar a não produção do declarante pessoalmente no julgamento apesar dele estar disponível (tradução nossa).<sup>107 108</sup>

<sup>105</sup> HEARSAY Rule Law and Legal Definition. **USLegal.com**. Acessado em 15 nov. de 2018. Disponível em < <https://definitions.uslegal.com/h/hearsay-rule/> >

<sup>106</sup> DO VALE, IONILTON PEREIRA. **A proibição das testemunhas de referência ou Hearsay Rule no direito anglo-americano e português**. Acessado em nov. de 2018. Disponível em < <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/160807466/a-proibicao-das-testemunhas-de-referencia-ou-hearsay-rule-no-direito-anglo-americo-e-portugues> >

<sup>107</sup> AFZALI, MARA. **Letting Sleeping Dogmas Lie: A Response to Judge Posner's Call to Reform the Res Gestae Exceptions to the Rule Against Hearsay**. Volume 80.2. Albany Law Review, 2017, p. 598.

<sup>108</sup> The theory behind these categorical exceptions is that, under appropriate circumstances a hearsay statement may possess circumstantial guarantees of trustworthiness sufficient to justify nonproduction of the declarant in person at the trial even though he may be available.

Geralmente, as exceções estão vinculadas a alguns casos onde é possível aferir a confiabilidade das declarações de algum modo. Tratando-se especificamente da *Rule 803*, as ressalvas se referem às situações em que não se aplica o padrão, independentemente se o declarante está disponível como uma testemunha elencada no processo.

Em primeiro lugar, a impressão e as condições pelas quais o declarante estava sujeito na circunstância do depoimento são levadas em consideração. Com isso, um depoimento descritivo ou explicativo sobre um fato, que é recolhido imediatamente após a percepção do evento pelo declarante, ou um depoimento relacionado com um acontecimento ou com uma condição que foram surpreendentes para aquele que depõe por estar sob estresse ou exaltação causadas em decorrência do que se passou são depoimentos insuscetíveis com o que preconiza a *rule against hearsay*.<sup>109</sup>

Um conceito importante abarcado nessas duas conjunturas é o do *res gestae*, isto é, o imediatismo das coisas. Comumente aplicado nos casos criminais, a linha teórica por trás dessas exclusões se debruça no entendimento de que uma pessoa durante ou imediatamente após ter presenciado um ato criminoso não está imbuída de uma forte presença de espírito que a capacite a mentir ou a fornecer falsos depoimentos.<sup>110</sup>

As condições mentais, físicas e emocionais existentes, sem contar depoimentos baseados na memória ou na crença para provar o fato lembrado a menos que se relacione com a validade ou com os termos da vontade do declarante, pautam outra admissibilidade apesar de ser considerada *hearsay*.

De acordo com Melissa Hamilton, há uma correlação entre os três casos acima mencionados, tendo em vista que são arguidos em muitos casos de violência interpessoal, que, geralmente, é reportada durante a ocorrência da agressão ou, posteriormente, com a palpável presença de suas consequências visíveis.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Rule 803 (1) Present Sense Impression. A statement describing or explaining an event or condition, made while or immediately after the declarant perceived it.

(2) Excited Utterance. A statement relating to a startling event or condition, made while the declarant was under the stress of excitement that it caused.

<sup>110</sup> WODJACZ, Mariah. **Objection: Hearsay! What is the hearsay rule, and what are the exceptions to it?** Acessado em 15 nov. de 2018. Disponível em < <https://www.legalzoom.com/articles/objection-hearsay-what-is-the-hearsay-rule-and-what-are-the-exceptions-to-it> >

<sup>111</sup> HAMILTON, Melissa. **The Reliability of Assault Victims Immediate Accounts: Evidence From Trauma Studies**. Volume 26:269. Stanford Law & Policy Review, 2015.

Desse modo, conclui a autora:

Em situações de estresse, a função executora do cérebro pode ser sobrecarregada e pode ceder o controle para os mais primatas instintos cognitivos. Isso significa que, quando nos deparamos com eventos traumáticos, muitas vezes proferimos declarações incoerentes (se é que podemos proferir), incorretamente percebido o evento observado, e sem experiência avaliar a nossa condição atual (tradução nossa).<sup>112 113</sup>

Acrescenta-se que, declarações realizadas por intermédio de diagnósticos médicos e que descrevam o histórico médico, são frequentemente empregadas pelos advogados para apresentar o testemunho de seus clientes ou das vítimas no tribunal sem que seja preciso submetê-las ao *cross-examination*.

De acordo com Robert Miller, o manuseio dessa hipótese ocorre no chamado *victim testimony by proxy*, ou seja, quando terapeutas apresentam as evidências incriminadoras, na maior parte em casos de abuso sexual envolvendo crianças, para proteger as vítimas de reencontrarem no julgamento quem as atacou.<sup>114</sup>

Embora a memória seja suscetível a inúmeras falhas, algumas hipóteses baseadas na lembrança formam a quinta exceção ao ouvir dizer. Como, por exemplo, um registro que descreve uma situação que a testemunha soube a respeito, mas que não consegue recordar bem o suficiente para testificar completa e precisamente; que foi criado ou adotado quando o fato ainda estava recente na memória da testemunha; ou, que reflita com precisão o conhecimento da testemunha. Ainda que possam ser admitidos, estes registros poderão ser interpretados como evidências, mas serão acolhidos como prova apenas se oferecidos pela parte adversária.<sup>115</sup>

De acordo com a sexta exceção, alguns documentos podem ser admitidos como prova processual mesmo que por essência sejam denominados como ouvir dizer. É o que ocorre com memorandos, relatórios, registros ou compilações de dados, sob qualquer forma, de atos, eventos, condições, opiniões ou diagnósticos, elaborados por alguém com conhecimento, ou por informação transmitida por uma pessoa com conhecimento, se realizado no curso de prática regular da atividade.

---

<sup>112</sup> HAMILTON, 2015, p. 305.

<sup>113</sup> A times of stress, the brain's execution function may be overwhelmed and may cede control to the more primate cognitive instincts. This means that when face with traumatic events, we often utter incoherent declarations (if we can utter at all), incorrectly perceived the event observed, and inexpertly assess our current condition.

<sup>114</sup> MILLER, ROBERT D. **Testimony by proxy**: the use of expert testimony to provide defendant testimony without cross-examination. *The Journal of Psychiatry & Law* 31/Spring, 2003, p. 23.

<sup>115</sup> *Rule of Evidence* 803 (5)

A partir desse quadro, pode ser citado como paradigma o contexto do testemunho do tutor ou de outra testemunha qualificada, a menos que a fonte da informação ou o método e as circunstâncias de preparação indiquem uma ruptura de confiabilidade.<sup>116</sup>

Caso a questão não esteja contemplada no sexto parágrafo da *Rule* 803, será admitida se a evidência comprovar que o fato não ocorreu ou existiu, se foi um registro regularmente mantido para uma assertiva daquela espécie e se a parte oposta não provar que a fonte de informação ou outras variáveis indicam falta de confiabilidade do registro.<sup>117</sup>

Tendo em vista que os registros públicos possuem presunção de veracidade, registros e declarações advindos de um agente público estabelecidos durante a atividade laboral; fatos observados interligados ao dever de reportar, mas não incluindo, em casos criminais, um fato presenciado por um policial; ou, em um processo civil ou contra o governo em um processo criminal, fatos descobertos por uma investigação autorizada legalmente são aceitos como evidências. No entanto, como anteriormente enaltecido, serão aceitos se a parte oposta não provar que a fonte de informação ou outras variáveis indicam alguma falta de confiabilidade do registro.<sup>118</sup>

A saber, também fazem parte das exceções os documentos públicos que contenham estatísticas de vida, como nascimento, óbito ou casamento, quando reportados a um agente público de acordo com o dever legal, e registros de organizações religiosas concernentes a histórico familiar ou pessoal relativos à nascimento, ancestralidade, casamento, divórcio, legitimidade, óbito, entre outros similares abrangidos nos registros públicos da organização religiosa.<sup>119</sup>

Nos casos de provas que se validam por si mesmas, isto é, se autenticam por si só, onde não é preciso de nenhuma evidência extrínseca de autenticidade para serem admitidas, é aceitável um testemunho no qual uma pesquisa diligente não tenha conseguido disponibilizar um registro público ou uma declaração. Para isso, basta que o testemunho ou certificação atestem que estes não existiam ou que o acontecimento não ocorreu, nem existiu, quando, neste último caso, um órgão público guardou o registro ou a declaração para uma ocorrência como essa.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> *Rule of Evidence* 803 (6)

<sup>117</sup> *Rule of Evidence* 803 (7)

<sup>118</sup> *Rule of Evidence* 803 (8)

<sup>119</sup> *Rule of Evidence* 803 (9) e (11)

<sup>120</sup> *Rule of Evidence* 803 (10) (A)

Nessa situação da falta de um registro público, em processos criminais, a promotoria que pretende oferecer uma certificação deve providenciar uma notificação esclarecendo tal intenção, com no mínimo quatorze dias de antecedência antes do julgamento, e o arguido não deve se manifestar por escrito, após sete dias do recebimento da notificação, a não ser quando a corte estipular um período de tempo diferente para a notificação ou para a objeção do requerido.<sup>121</sup>

No que se refere ao matrimônio, batismo e cerimônias similares, é admitida como prova a declaração com base em um certificado que foi elaborado por pessoa autorizada de uma organização religiosa ou pela lei para fazê-lo, atestando que o celebrante realizou o casamento ou que administrou certo sacramento, sendo emitido no momento do ato ou dentro de um prazo razoável após a celebração deste.<sup>122</sup>

Além disso, uma declaração sobre um acontecimento histórico familiar ou pessoal compilado em registros familiares, tais como bíblia, genealogia, gráfico, gravação em anel, transcrição em porta retrato ou gravação em uma urna com cinzas, pode ser utilizada como meio de prova.<sup>123</sup>

Nas disposições do *hearsay*, o interesse na propriedade também é mencionado por meio de duas ressalvas. Isso ocorre a partir da aceitação de documentos que afetem tal interesse, quando a gravação do documento foi guardada em um órgão público caso algum estatuto autorize a gravação no local afixado e se a cópia comprova o conteúdo do documento original juntamente com a assinatura e entrega por cada pessoa que alega ter assinado o original.

Ainda no que se trata do interesse na propriedade, há o acolhimento de declarações que versem sobre o assunto caso a questão em si tenha sido relevante para o propósito do documento, a menos que mais tarde a ligação com a propriedade se torne inconsistente com a verdade da declaração ou com o teor do documento.<sup>124</sup>

Outrossim, a regra estabelece que declarações instituídas em documentos antigos serão consideradas para fins de prova. Contudo, o parâmetro legalmente estabelecido é o de que esses documentos devem ter sido preparados antes de 1º de janeiro de 1998. Essa delimitação temporal deriva do exponencial desenvolvimento de informações eletrônicas a partir desse marco,

---

<sup>121</sup> *Rule of Evidence* 803 (10) (B)

<sup>122</sup> *Rule of Evidence* 803 (12)

<sup>123</sup> *Rule of Evidence* 803 (13)

<sup>124</sup> *Rule of Evidence* 803 (14) e (15)

pois, quando utilizadas há um risco de que sejam um veículo de grande quantidade de informações não confiáveis, que são armazenadas eletronicamente, nos tribunais.<sup>125 126</sup>

Em seguida, apresenta-se como uma exceção as declarações que se baseiam em relatórios de mercado e publicações comerciais equivalentes, as quais, geralmente, são requeridas pelo público ou por pessoas com ocupações específicas.<sup>127</sup>

As declarações contidas em tratados renomados, periódicos ou folhetos sobre história, medicina ou outras ciências fazem parte da décima oitava exceção da Regra 803. Nesse aspecto, são consideradas quando atraíram a atenção de uma testemunha especializada no *cross-examination* ou foram demandadas por um perito no exame direto.

Todavia, a publicação deve ser considerada como uma autoridade confiável através da concordância do perito ou pelo testemunho de uma testemunha especializada, ou ainda, por uma notificação judicial. Caso admitida, a declaração pautada nessa publicação deve ser interpretada como evidência, mas não acolhida como prova.<sup>128</sup>

Conforme assentado por Eleanor Swift:

Assim, um especialista experiente no assunto do tratado deve ser apresentado para servir como testemunha basilar. O perito pode testemunhar sobre a confiabilidade do declarante ou autor do tratado, desde que, presumivelmente, o especialista esteja familiarizado com a natureza estrutural do tratado (tradução nossa).<sup>129 130</sup>

Em relação à reputação, são elencadas três exceções: quando esta se relaciona com o histórico familiar ou pessoal, quando interligada aos limites de terra de uma comunidade ou aos seus eventos históricos e quando se refere ao caráter de uma pessoa na esfera de uma coletividade.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> *Rule of Evidence* 803 (16)

<sup>126</sup> ARIZONA Revised Statutes Annotated. Rules of Evidence for Courts in the State of Arizona. **Thompson Reuters Westlaw**. Acessado em 21 nov. 2018. Disponível em < [https://govt.westlaw.com/azrules/Document/N1331F4D0E7DB11E0B453835EEBAB0BCD?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://govt.westlaw.com/azrules/Document/N1331F4D0E7DB11E0B453835EEBAB0BCD?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default) >

<sup>127</sup> *Rule of Evidence* 803 (17)

<sup>128</sup> *Rule of Evidence* 803 (18)

<sup>129</sup> SWIFT, 1987, p. 1399.

<sup>130</sup> Thus, an expert knowledgeable in the subject matter of the treatise must be produced to serve as a foundation witness. The expert witness can testify about the reliability of the declarant/author of the treatise, since presumably the expert is familiar with the nature of the underlying research or study.

<sup>131</sup> *Rule of Evidence* 803 (19), (20) e (21)



Na sequência, uma sentença condenatória prévia está inclusa como uma das restrições à regra da vedação ao uso do testemunho por ouvir dizer. Diante disso, a prova do trânsito em julgado da condenação é considerada se a sentença foi proferida após um julgamento ou uma confissão de culpa, mas não quando da ausência de contestação; se a condenação foi por crime punido com pena de morte ou por encarceramento por mais de um ano; se a evidência é admitida para provar qualquer fato essencial para o julgamento; ou, quando oferecida pelo promotor em um caso criminal para alegar um impedimento legal e o julgamento foi contrário ao acusado.<sup>132</sup>

Nas circunstâncias acima, a pendência de um recurso pode ser apresentada, mas não afeta a admissibilidade da evidência.

Por termo, uma decisão que envolva histórico pessoal e familiar, história geral ou a respeito de fronteiras, será admitida se a consideração for considerada para provar o envolvimento, caso o fato seja fundamental para o julgamento e caso possa ser comprovado por uma evidência de reputação.<sup>133</sup>

### 3.4.2. *Federal Rule of Evidence 804*

Ademais, existem outras cinco exceções que requerem a demonstração da indisponibilidade do declarante ao passo que isso não é necessário nas previsões anteriormente expostas no presente trabalho.

Nas palavras de Liesa Riechter:

As exceções da Regra 803 predominantemente se baseiam na assunção de que depoimentos humanos colhidos em certos contextos desfrutam de confiabilidade inerente, enquanto que as exceções da Regra 804 se pautam na confiabilidade de determinadas declarações por ouvir dizer e na necessidade de recorrer a essas declarações em caso de declarante indisponível para depor no julgamento (tradução nossa).<sup>134 135</sup>

A Regra 804 estipula os critérios necessários para que o declarante seja considerado indisponível para testemunhar e outras seis exceções para a *hearsay rule*.

---

<sup>132</sup> *Rule of Evidence 803 (22)*

<sup>133</sup> *Rule of Evidence 803 (23)*

<sup>134</sup> RICHTER, Liesa. **Goldilocks and the rule 803 hearsay exceptions**. William & Mary Law Review. Volume 59, issue 3, 2018.

<sup>135</sup> The hearsay exceptions in Rule 803 predominantly rest upon the assumption that human statements made in certain defined contexts enjoy inherent reliability, while the Rule 804 exceptions rest on both the reliability of certain hearsay statements and the necessity of resorting to those hearsay statements in the case of a declarant unavailable to testify at trial.

Em relação aos critérios estabelecidos, pode-se elencar: (i) a dispensa para atestar sobre o objeto em discussão no depoimento do declarante porque as regras de privilégio do tribunal se aplicam; (ii) a recusa em testemunhar sobre o objeto em questão apesar de uma ordem do tribunal para o fazer; (iii) a testemunha não se lembra do assunto; (iv) o declarante não pode estar presente ou testemunhar em julgamento ou audiência devido à morte ou enfermidade pré-existente, doença física ou doença mental; e (v) quando da ausência no tribunal ou na audiência quando o pronunciamento do defensor não foi aceito, pelo processo ou por outros meios razoáveis, para conseguir a presença ou o testemunho do declarante.<sup>136</sup>

Nesse último caso, a alegação do advogado não foi o suficiente para obter a presença do declarante, no caso das exceções previstas para testemunho prévio ou para declaração oferecida contra uma parte que causou erroneamente a indisponibilidade do declarante (*Rule 804, b, 1 ou 6*). Além disso, quando o advogado não consegue obter a declaração ou presença do declarante nos termos das exceções, nos casos em que a declaração é feita sob a crença de morte iminente, contra próprio interesse ou sobre histórico pessoal ou familiar (*Rule 804, b, 2, 3 ou 4*).<sup>137</sup>

Todavia, os critérios para se averiguar a indisponibilidade do declarante não se aplicam caso a alegação do advogado gerou ou erroneamente causou a impossibilidade do declarante em estar presente como testemunha com o intuito de impedir o declarante de assistir ou testificar em juízo.<sup>138</sup>

Ainda, na mesma disposição da *Rule 804*, há a catalogação de mais seis exceções caso o declarante esteja indisponível como testemunha, situação inversa ao que prevê a *Rule 803*, pois nessa, independente da disponibilidade para depor, os depoimentos por ouvir dizer estão excluídos da regra geral de vedação.

Desse modo, é considerado por meio das cinco exceções que o testemunho prévio, a declaração feita sob a crença de morte iminente, contrária ao próprio interesse, sobre histórico pessoal ou familiar e uma declaração oferecida contra uma parte que causou erroneamente a indisponibilidade do declarante são as ocorrências que se excetua à regra.

### **3.4.3. Federal Rule of Evidence 805**

---

<sup>136</sup> *Federal Rule of Evidence 804 (a)*

<sup>137</sup> *Federal Rule of Evidence 804 (5) (A) e (B)*

<sup>138</sup> But this subdivision (a) does not apply if the statement's proponent procured or wrongfully caused the declarant's unavailability as a witness in order to prevent the declarant from attending or testifying.

A Regra 805 dispõe sobre os casos em que ocorre o *hearsay* dentro do *hearsay*. Assim sendo, quando um testemunho contém uma declaração sobre o que se ouviu dizer sobre uma outra declaração que da mesma forma soube a partir de terceiro, nessa hipótese, não é uma conjuntura hipotética excluída pela regra contra o *hearsay*.

Entretanto, para que isso aconteça é necessário que cada parte das declarações esteja em conformidade com uma exceção prevista na regra.

Conforme exemplificação do autor Peter Nicolas, suponha que David está sendo julgado, acusado de matar Victor. A promotoria almeja oferecer como evidência um relatório policial escrito por Anna, uma policial, onde ela indica que Bob disse a ela que ele viu David atirar em Victor. Com isso, o relatório policial é um ouvir dizer dentro do ouvir dizer.<sup>139</sup>

No cenário supracitado, é uma afirmação escrita de Anna de que Bob afirmou oralmente que David atirou em Victor. Portanto, para que recaia em uma objeção ao ouvir dizer, a declaração escrita de Anna e a declaração verbal de Bob feita para Anna devem se enquadrar nas exceções à regra do *hearsay*.

#### **3.4.4. Federal Rule of Evidence 806**

O conteúdo da Regra 806 explica que, quando uma declaração por ouvir dizer ou uma declaração descrita na Regra 801 (d)(2)(C), (D) ou (E)<sup>140</sup>, é admitida como evidência, a credibilidade do declarante pode ser contestada, e depois apoiada, por qualquer evidência que seria admissível para esses efeitos se o declarante tiver testemunhado como uma testemunha.

Nessas situações de confrontar e justificar o declarante, o tribunal poderá admitir a evidência da inconsistência da declaração ou da conduta do declarante, independentemente do momento em que ocorreu ou se o declarante teve a oportunidade de explicar ou negar. Se a parte contra a qual a declaração foi admitida intima o declarante como testemunha, a parte pode examinar o declarante na declaração prestada como se estivesse o fazendo no *cross-examination*.

<sup>139</sup> NICOLAS, Peter. **But What if the Court Reporter Is Lying? The Right to Confront Hidden Declarants Found in Transcripts of Former Testimony.** *BYU Law Review*, 2010, p. 1153-1154.

<sup>140</sup> Rule 801 (d) (2) An Opposing Party's Statement. The statement is offered against an opposing party and: (...) (C) was made by a person whom the party authorized to make a statement on the subject; (D) was made by the party's agent or employee on a matter within the scope of that relationship and while it existed; or (E) was made by the party's coconspirator during and in furtherance of the conspiracy.

### 3.4.5. *Federal Rule of Evidence 807*

A sexta disposição da Regra 804, no item (b) (5), enfatiza que outras exceções foram transferidas para o conteúdo da Regra 807 das *Federal Rules of Evidence*. A exceção residual pode ser definida como uma declaração não prevista especificamente nas outras exceções, mas que tem a mesma garantia de veracidade que será admitida se o tribunal assim determinar.<sup>141</sup>

A chancela do tribunal, nesse caso da *Rule 807*, acontecerá se a declaração for oferecida como um depoimento com garantia circunstancial de confiabilidade; se oferecida como prova de um fato material; se a declaração tem mais força probatória sobre o ponto relativamente ao qual é oferecida do que qualquer outra prova que o requerente possa procurar através de esforços razoáveis; e, se o fim geral das normas legais e dos interesses da justiça serão melhor servidos pela admissão da declaração como prova.

Válido frisar que, de acordo com a observação englobada na *Rule 807*, a declaração é admitida se, antes do julgamento ou da audiência, o requerente fornece para a parte adversária o aviso devido de que pretende oferecer a declaração com as suas particularidades, incluindo o nome do declarante e o endereço, para que a parte tenha a oportunidade justa de conhecê-la.<sup>142</sup>

Neste cenário, após a análise de todas as exceções, constata-se que a estrutura da *hearsay rule* é extremamente complexa. Contudo, é uma temática essencial para embasar a oitiva dos testemunhos no tribunal, visto ser uma das principais formas de se litigar nos Estados Unidos.

Mediante o exposto, conforme enfatiza Marilyn Ireland, uma regra que se torna mais uma exceção do que uma regra não se encontra bem definida. Logo, primordial que os operadores dessa diretriz estejam propensos a discutir formas de simplificar o processo de aplicação, analisando maneiras de sintetizar a lei sobre o ouvir dizer.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime**. Estudo sobre a prova no sistema penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra editora, 2011, p.395.

<sup>142</sup> Rule 807 (b) Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.

<sup>143</sup> IRELAND, Marilyn J., **Deconstructing Hearsay's Structure**: Toward a Witness Recollection Definition of Hearsay, 43 Vill. L. Rev. 529, 1998. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol43/iss3/1>> Acessado em 23 nov. 2018.

## CAPÍTULO 4 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No capítulo anterior, verificou-se o testemunho do ouvir dizer e suas peculiaridades, tais como a origem, as noções gerais, a vedação ao uso e as exceções pré-estabelecidas, tendo como parâmetro a lei estadunidense.

Nesse capítulo, todavia, será feita uma análise da repercussão desse fenômeno no âmbito do direito processual penal brasileiro, sobretudo o entendimento acerca do assunto nas decisões proferidas pelos tribunais ao redor do país.

### 4.1. Metodologia de Seleção dos Julgados

A pesquisa jurisprudencial foi elaborada de forma qualitativa, pois não almejou o exaurimento das decisões, tampouco a verificação de julgados em todos os tribunais. Dessa forma, o intuito da amostra a ser apresentada busca expor uma parcela do que está sendo debatido sobre o assunto em caráter nacional.

Em primeiro lugar, os termos de pesquisa utilizados foram, basicamente, “*hearsay*”, “ouvir dizer” e “testemunha”. Com isso, acredita-se que a amostragem reuniu o maior número possível de decisões que guardam relação com os conectivos empregados sem que fosse delimitado um critério temporal.

A segunda limitação realizada concerne ao quadro dos tribunais apurados. A uma, porque expandir o estudo para todos os tribunais da Federação não possibilitaria a estruturação de paradigmas concentrados sobre o testemunho por ouvir dizer na jurisprudência. A duas, porque nem todos os tribunais possuem uma vasta abordagem sobre o *hearsay testimony* por se tratar de um assunto pouco aprofundado até mesmo na doutrina.

Sendo assim, foram consideradas decisões e acórdãos apenas nos seguintes tribunais: Superior Tribunal de Justiça; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Tribunal de Justiça do Estado da Bahia; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; e, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Logo, a intenção na escolha dos julgados foi a de demonstrar a partir de uma variedade de casos concretos, com hipóteses distintas de incidência da matéria, uma melhor compreensão,

dentro dos limites e dos critérios anteriormente especificados, a aplicação, por parte dos Tribunais, de determinados pontos da teoria evidenciados nos capítulos anteriores.

## 4.2. Análise dos Julgados

Ao final da pesquisa jurisprudencial restou apurada a necessidade da divisão dos resultados em subtópicos. O primeiro, abrange a falta de fundamentação da decisão de pronúncia do acusado no procedimento do Tribunal do Júri com base exclusivamente no depoimento de uma testemunha que ouviu dizer.

Em relação ao segundo item, quando se trata da concessão ou não de pedido liminar em sede de habeas corpus para presos preventivos. O terceiro paradigma refere-se à ofensa do princípio do *in dubio pro reo* quando da aceitação das testemunhas do ouvir dizer.

### 4.2.1. Primeiro Paradigma

O primeiro paradigma constatado na busca comprova que o testemunho por ouvir dizer, por si só, é insuficiente para fundamentar a decisão de pronúncia, que levaria o réu ao julgamento pelo procedimento do Tribunal do Júri.

Inicialmente, veja-se que a primeira decisão colacionada corrobora com a ideia de que o testemunho por ouvir dizer possui uma fragilidade processual para basear a autoria de um fato criminoso:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. PRONÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A DESPRONÚNCIA DO RÉU POR AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS A RESPEITO DA AUTORIA. INDÍCIOS ADVINDOS DE TESTEMUNHOS DE 'POR OUVIR DIZER'. FRAGILIDADE E IMPRECISÃO QUE IMPEDEM A AFERIÇÃO DA SUPOSTA AUTORIA DO FATO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 414 DO CPP. RECURSO PROVIDO PARA DESPRONUNCIAR O ACUSADO.<sup>144</sup>

No caso da ementa supramencionada trata-se de um recurso em sentido estrito interposto contra a sentença que pronunciou o acusado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe, conforme o art. 121, §2º, I e o art. 14, II, ambos do CP, a fim de que ele fosse

---

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Recurso Criminal n. 2008.050208-9**, Rel. Des. Torres Marques. Terceira Câmara Criminal, Data 16-09-2008. Disponível em: < [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=ouvir%20dizer&id=AAAbmQAAAAAPk2EAAE&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=ouvir%20dizer&id=AAAbmQAAAAAPk2EAAE&categoria=acordao) > Acessado em 23 nov. 2018.

julgado perante o Tribunal do Júri.

Nesse caso, entendeu o Desembargador Relator pela despronúncia de um dos réus, visto que duas testemunhas apenas ouviram dizer que o autor do fato delitivo seria esse acusado. Dessa forma, sustenta no acórdão que o testemunho por “ouvi dizer” sem o amparo de qualquer outro suporte fático é afirmativa deveras vaga e não pode ser havida como indício idôneo.

A esse respeito, os Tribunais construíram um entendimento pacífico que se repete em diversos julgados dessa modalidade, segundo o qual sem indícios suficientes de autoria, sobretudo quando a denúncia é baseada exclusivamente em depoimento indireto, prestado na fase inquisitorial, sem nem mesmo indicação da testemunha ocular, é caso de ser manter a decisão de impronúncia.<sup>145</sup>

A mesma fundamentação foi utilizada, com pequenas diferenças, tanto em julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia<sup>146</sup>, quanto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>147</sup> e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>148</sup>.

Devido à relevância da temática na seara probatória, o STJ, por meio do REsp 1.373.356-BA<sup>149</sup>, disponibilizou o Informativo nº 603, destacando que “o testemunho por ouvir dizer (hearsay rule), produzido somente na fase inquisitorial, não serve como fundamento exclusivo da decisão de pronúncia, que submete o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri”.

Conforme esclarece o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz no inteiro teor do informativo:

Sobre a temática – já enfrentada na oportunidade em que apreciado o REsp 1.444.372-RS, DJe 25/2/2016 – vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve

<sup>145</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 1123983, 20180910045519APR, Rel. Jair Soares, Revisor: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, Data: 13/09/2018.

<sup>146</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0316127-68.2013.8.05.0001. Relator: Luiz Fernando Lima. Publicado em 20/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0011079-93.2012.8.05.0113. Relator: Pedro Augusto Costa Guerra. Publicado em 06/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0002902-41.2012.8.05.0146. Relator: Joao Bosco De Oliveira Seixas. Publicado em 16/03/2018.

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC nº 0101473-88.2014.8.26.0050. Relator: Andrade Sampaio. Publicado em: 11/10/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC nº 0101473-88.2014.8.26.0050. Relator: Andrade Sampaio. Publicado em: 11/10/2018.

<sup>148</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. RESE nº 70078709581. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Data 21/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70078583846. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Data 08/11/2018.

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.373.356-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, Data 20/4/2017. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300972922&dt\\_publicacao=28/04/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300972922&dt_publicacao=28/04/2017) > Acessado em 23 nov. 2018.

depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, doutrina aponta que “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.”<sup>150</sup>

Sabe-se que o procedimento do Tribunal do Júri é bifásico e, por isso, composto de duas etapas: a primeira, a *iudicium accusationis*, inicia-se com o oferecimento da denúncia e finda com a decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação do crime; a segunda, a *iudicium causae*, que ocorre somente no caso do acusado ter sido pronunciado, inicia-se com a preparação do processo para o julgamento no plenário do Júri.<sup>151</sup>

Logo, a decisão de pronúncia do acusado requer, conforme o art. 413 do CPP<sup>152</sup>, que o magistrado esteja convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação para que o réu seja submetido à segunda fase do procedimento, isto é, ao julgamento em plenário do Júri Popular.

Desse modo, verifica-se que os tribunais alegam a inadmissibilidade do *hearsay testimony* para fundamentar a decisão de pronúncia, principalmente, quando produzido na fase inquisitorial.

Tendo em vista que esta tornou-se uma jurisprudência pacificada, existem inúmeras decisões que julgam os recursos interpostos pelo Ministério Público quando da impronúncia do réu em situações semelhantes.

Destaca-se, assim, trecho de um acórdão que manteve a impronúncia do réu quando da interposição de REsp pelo MP:

Analisando a fundamentação transcrita acima, verifico que essa se coaduna com o entendimento desta Corte Superior sobre a utilização dos "testemunhos de ouvir dizer" ou "hearsay testimony", no sentido de que esses elementos de prova são válidos, todavia devem ser corroborados por outras provas, o que não ocorre no presente caso.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> BRASIL. Informativo de Jurisprudência do STJ. Informativo nº 0603. Publicado em 07/06/2017. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HEARSAY++OU+OU-VIR+DIZER++E+TESTEMUNHA&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURI-DICO&p=true](https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HEARSAY++OU+OU-VIR+DIZER++E+TESTEMUNHA&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURI-DICO&p=true) > Acessado em 23 nov. 2018.

<sup>151</sup> MELO, Phelipe Benoni. **O Depoimento de uma Hearsay Witness como Fundamento para a Pronúncia**. Disponível em < <http://emporiiodireito.com.br/leitura/o-depoimento-de-uma-hearsay-witness-como-fundamento-para-a-pronuncia> > Acessado em 23 nov. 2018.

<sup>152</sup> Art. 413, CPP: O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

<sup>153</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1717529 RS 2018/0000830-2, Relator: Ministro Felix Fischer, Data: 15/08/2018.



A manutenção das decisões de impronúncia pelo STJ se evidenciou também nos seguintes julgados: REsp 1761782 RS 2018/0216903-4; AREsp 1003652 RS 2016/0278457-0; REsp: 1693236 RS 2017/0218553-7.<sup>154</sup>

Portanto, restou-se comprovado de que o indício de autoria baseado no ouvir dizer não é prova plena e absoluta e, por isso, não se mantém de maneira isolada para fundamentar uma decisão relevante como a pronúncia, na qual devem ser enaltecidos outros indícios que corroborem e apontem para a autoria ou participação de modo confiável e eficaz.

#### 4.2.2. Segundo Paradigma

A análise do instituto *hearsay* na jurisprudência brasileira também se deparou com alguns casos em que era requerido pedido de concessão liminar de habeas corpus a pacientes que estavam presos. Na maioria dessas situações, o paciente encontrava-se preso de maneira preventiva com base em testemunhos por ouvir dizer.

A necessidade da prisão cautelar é excepcional e somente se justifica quando preenchidos os pressupostos do art. 312 do CPP<sup>155</sup>, assim como quando seja inadequado e insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, a teor do que dispõe o art. 282, § 6º, do CPP<sup>156</sup>.

Contudo, a grande maioria das ordens requeridas não eram concedidas. Isso ocorre porque, de acordo com outros elementos probatórios, havia fundamentação relacionada à existência de outros indícios suficientes de autoria e materialidade e prevalecia a máxima do *periculum libertatis*, ou seja, de que a liberdade do acusado oferecia perigo pela natureza da conduta analisada e pela possibilidade de obstáculo à devida marcha processual.

É o que se extrai da ementa abaixo colacionada:

---

<sup>154</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1761782 RS 2018/0216903-4, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data: 21/09/2018. BRASIL. STJ. AREsp nº 1003652 RS 2016/0278457-0, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data: 06/09/2017. BRASIL. STJ. REsp nº 1693236 RS 2017/0218553-7, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data: 30/10/2017. BRASIL. STJ. REsp nº 1373356 BA 2013/0097292-2, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data: 28/04/2017.

<sup>155</sup> Art. 312, CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

<sup>156</sup> Art. 282, § 6º, CPP: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (DEZ VEZES). SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. COMPROVADOS. PERICULUM LIBERTATIS. DEMONSTRADO. MEDIDAS CAUTELARES. INCABÍVEIS. 1. Trata-se de paciente reincidente, que permaneceu segregado durante toda a instrução processual, pronunciado em 21 de março de 2018. 2. Verifico que a decisão de pronúncia, a qual manteve a prisão cautelar do acusado, está devidamente fundamentada, bem como os elementos do caso concreto demonstram a efetiva necessidade de manter a medida excepcional, apontando indícios suficientes de autoria e materialidade, bem como periculum libertatis. 3. Demonstrada a necessidade de segregação, mostra-se desaconselhável a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), devendo o paciente aguardar o julgamento do Recurso em Sentido Estrito preso. ORDEM DENEGADA.<sup>157</sup>

No que tange aos julgados em que a ordem foi concedida, tem-se dois casos no TJ do Rio Grande do Sul, nos quais os depoimentos de policiais eram pautados no que tinham ouvido dizer por terceiros.<sup>158</sup>

Diante disso, ainda que fossem, aparentemente, suficientes os indícios de autoria que relacionavam o paciente com a posse da droga no HC nº 70074164047/RS, o Desembargador Relator Diogenes Hassan manteve a consideração sobre a fragilidade da prova utilizada para fundamentar o decreto preventivo no que tangia aos indícios de traficância, uma vez que as denúncias informadas pelos policiais militares, em boa parte, consistiam no chamado “*hearsay*”.

De igual modo, o acórdão do HC nº 70059676429, ainda que não liminarmente, concedeu a ordem de soltura. O Relator enfatizou que deveriam existir indícios suficientes da autoria do fato para que a prisão preventiva fosse mantida.

Tendo em vista que na aludida situação os policiais apenas tinham ouvido comentários de terceiros, mas não sabiam exatamente da fonte dos apontamentos que levaram o acusado a ser preso pela suposta prática de três homicídios consumados e duas tentativas de homicídios, os depoimentos foram subvalorados e não foram sólidos o suficiente para manter a prisão.

Sob a ótica do depoimento de autoridades policiais e seus agentes, vale frisar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Súmula nº 70 que preleciona, *in verbis*, que “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes

---

<sup>157</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70077912525 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data: 23/07/2018.

<sup>158</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70074164047. Relator: Rinez Da Trindade. Publicado em: 28/09/2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70059676429. Relator: Diogenes Hassan Ribeiro. Publicado em: 11/09/2014.

não desautoriza a condenação".

Não obstante esse parecer tenha ganhado força na jurisprudência, não se coaduna com os casos acima mencionados. Nas situações revisitadas, apesar da prova oral se fundar apenas no depoimento de policiais, esses depoimentos foram enfraquecidos pela incidência da *hearsay rule*, que não amparou a suficiência dos indícios de autoria.

Observa-se que o reconhecimento da periculosidade é fonte de argumentação quando da não concessão de habeas corpus quando existem outras provas que possibilitem indícios suficientes para que a prisão preventiva seja mantida.

Isto posto, os casos em que essa situação não se repete são aqueles, em sua minoria, que a única forma probatória colacionada aos autos se respalda em algum testemunho que apenas ouviu dizer sobre o ocorrido.

#### 4.2.3. Terceiro Paradigma

No que se refere ao embasamento das decisões extraídas da presente pesquisa, em muitos casos o princípio do *in dubio pro reo* foi utilizado como fundamento para alicerçar a falta de confiabilidade no testemunho prestado de forma indireta.

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO ARTIGO 212 DO CPP. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. HEARSAY. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. 1 - Preliminar defensiva de nulidade da instrução por inobservância ao artigo 212 do CPP não enfrentada, considerando o mérito recursal ser favorável ao acusado (art. 563 do CPP). 2 - O contexto probatório deixa invencível dúvida quanto à autoria delitiva, já que a única prova judicial a alicerçar a acusação é o testemunho de um policial que não flagrou a empreitada delitiva, sendo que as duas vítimas ouvidas afirmaram não ter visualizado o rosto dos assaltantes. Vale frisar que o depoimento feito por policial em juízo - dando conta de que o réu admitiu a autoria delitiva para ele, informalmente, após o cometimento do crime - não tem peso de confissão, uma vez que vem a conhecimento mediante evidência de hearsay, com alguém dizendo o que o réu teria dito e não como ato pessoal e direto deste. A dúvida favorece o réu (princípio *in dubio pro reo*) - pois o Direito Penal só se satisfaz com a certeza -, que por isso deve ser absolvido. APELO DEFENSIVO PROVIDO.<sup>159</sup>

O julgado acima exposto diz respeito ao recurso de uma apelação criminal, no qual, o apelante, inconformado com a decisão *a quo*, que julgou o feito procedente pela prática de

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70050150739. Relator: Francesco Conti. Publicado em: 05/09/2012.

roubo qualificado a quatro anos de reclusão em regime aberto, requereu a absolvição pela insuficiência probatória já que a principal prova acusatória foi a confissão do réu na fase inquisitorial.

Nesse sentido, o juízo de 2ª instância considerou que, em defesa do princípio do *in dubio pro reo*, a confissão feita ao policial após o cometimento do crime não teria peso de confissão, tendo em vista que chegou ao conhecimento na fase processual como uma evidência de *hearsay*, o que gerou dúvida quanto à autoria do delito, ensejando na medida impositiva da absolvição.

Todavia, nesse aspecto, os entendimentos variam, já que alguns acórdãos consideram a existência do princípio do *in dubio pro societate*. Contudo, na primeira fase do procedimento do júri, que pronuncia o acusado, na condição de autor ou partícipe em crime doloso contra a vida, fundamentada apenas no que alguém ouviu dizer a respeito do crime, deveria ser verificada apenas a mínima suficiência dos elementos que levariam à pronúncia.

Oportuno salientar a ementa abaixo quando da incidência do *in dubio pro societate* na competência do tribunal do júri:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. SUFICIENTES INDÍCIOS A AMPARAR A TESE VENTILADA NA DENÚNCIA. Nesta fase processual, vige o *in dubio pro societate*, porquanto a decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação. Caso dos autos em que comprovada a materialidade e presentes indícios suficientes de autoria, a apontar para a possível ocorrência de crime doloso contra vida, impõe-se a pronúncia do denunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88. Em se tratando de crime afeto à competência soberana do Tribunal do Júri, é do conselho de sentença a legitimidade para acolher quaisquer das teses colidentes ventiladas no processo, ficando restrita a análise, nesta fase, à verossimilhança da denúncia, o que foi bem observado pelo juízo a quo. HEARSAY TESTIMONY. PROVA TESTEMUNHAL A INDICAR O RÉU COMO EXECUTOR DO CRIME. VIABILIDADE DA ACUSAÇÃO DEMONSTRADA. Com relação à fragilidade probatória, sob o argumento de que a prova testemunhal seria hearsay testimony (testemunha de ouvir dizer), sem razão à defesa. Isso porque o acervo probatório coligido indica a participação do réu no crime, ou seja, de que o pronunciado foi o executor do homicídio, dentre os elementos probatórios produzidos na fase judicial. Os depoimentos das testemunhas inquiridas em juízo apontaram o envolvimento do réu no fato criminoso, de... modo que refutada a alegação de hearsay testimony. TESE DO DISPARO ACIDENTAL OU DA AUSÊNCIA DE DOLO. Em que pese ausentes testemunhas presenciais, indemonstrada de plano, mormente se o único disparo fora efetivado contra a cabeça da vítima (região fronto-temporal esquerda, consoante laudo de necropsia). DESCABIMENTO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELA LEGÍTIMA DEFESA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE NÃO COMPROVADA, DE PLANO. O reconhecimento da excludente da ilicitude consubstanciada na legítima defesa requer a indispensável comprovação, incólume de dúvidas, de que a conduta do denunciado se subsume aos elementos contidos no art. 25 do CP, o que não verificado nos autos, ao menos

por parte da prova coligida, restando, portanto, descabida a absolvição sumária de que trata o art. 415 do CPP. QUALIFICADORA MANTIDA. MOTIVO FÚTIL. Indicativos da presença da qualificadora constante da denúncia, a qual só pode vir a ser afastada, na atual fase de cognição sumária, quando se mostrar manifestamente divorciada da prova, o que não ocorre no caso dos autos. Precedentes do STF, STJ e desta Câmara. RECURSO DESPROVIDO.<sup>160</sup>

No caso supramencionado, o postulado do *in dubio pro societate* foi o bastante para que o julgador manteve-se a pronúncia do acusado. Apesar da defesa ter enfatizado a fragilidade probatória da prova que indicava o réu como autor por ser uma testemunha que ouviu dizer, o recurso foi desprovido.

O entendimento jurisprudencial que corrobora para o benefício da sociedade quando se está em dúvida quanto à autoria ou à participação no delito é o de que a competência do Tribunal do Júri é estabelecida constitucionalmente e é apta para apreciar livremente os fatos sem a limitação de fundamentação na qual um juiz do procedimento ordinário, por exemplo, deve se ater.

Todavia, a problematização que deve ser pontuada nessa discussão é a de que o julgador da primeira fase desse procedimento não poderia proferir decisão de pronúncia para prosseguimento do julgamento em plenário quando, na verdade, não condenaria o réu já na primeira fase por não existirem provas concretas.

Nas palavras de Lopes Junior:

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da ‘soberania do júri’, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da ‘soberania’ a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória.<sup>161</sup>

Em relação aos casos em que o *in dubio pro societate* não se sustenta, destaca-se o trecho da decisão abaixo:

O "princípio" do *in dubio pro societate* deve ser visto com ressalvas, pois não pode servir de substrato para o julgador submeter o réu a júri em qualquer hipótese, sob o pretexto de que a competência constitucional é do Conselho de Sentença. Ocorre que, se o juízo submete ao Tribunal do Júri um acusado sobre o qual inexistem os

---

<sup>160</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. RESE nº 70069515542 RS. Relatora: Cláudia Maria Hardt. Publicado em: 28/07/2016.

<sup>161</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., 795.

mínimos elementos para a pronúncia, a vítima e a própria sociedade serão prejudicadas diante de eventual absolvição, na medida em que ele não poderá ser submetido a novo julgamento.<sup>162</sup>

Percebe-se que o principal argumento que perpassa tanto as decisões que mantêm a pronúncia devido ao *in dubio pro societate*, tanto as decisões que impronunciam o acusado pelo *in dubio pro reo* é o do mero juízo de admissibilidade.

A admissibilidade auferida pelo julgador no momento da decisão de pronúncia pode culminar na dúvida quanto à autoria delitiva. No entanto, a dúvida considerada razoável deveria conduzir à impronúncia.

Apesar desse entendimento ser minoritário na doutrina e na jurisprudência, cabe mencioná-lo, pois parte-se do pressuposto de que o *in dubio pro societate*, apesar de ser aplicado pacificamente e sustentado pela doutrina tradicional, é equivocadamente utilizado para declinar o julgamento para o Júri Popular em contrapartida do que preleciona o princípio da presunção de inocência.

---

<sup>162</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70063886584, Terceira Câmara Criminal. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Publicado em: 09/04/2015.

## CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, pode-se inferir que a busca sobre o testemunho por ouvir dizer resultou em valiosas considerações que serão tecidas para a finalização da pesquisa.

Como proposto, o primeiro capítulo se pautou no estudo de alguns pontos da teoria geral da prova no processo penal. Através dos pontos enfrentados, restou incontroverso que a prova se delimita pelos princípios que a circundam, pela admissibilidade quanto à licitude e, sobretudo, pelo modo como os sistemas de valoração da prova foram se delineando ao longo da história.

Tendo em vista, principalmente a adoção do sistema de livre convencimento motivado do juiz, a matéria conquistou um escopo mais amplo, culminando na valoração e na admissibilidade das provas conforme o caso concreto se apresente ao júízo para que esse, por determinação constitucional, fundamente a decisão com base ou não em uma ou mais provas presentes nos autos.

Ato contínuo, as características, as espécies, as etapas e o modo de valorar a prova testemunhal foram brevemente delimitados. A partir disso, foi possível correlacionar o capítulo sobre a *hearsay rule* com base no conteúdo específico que permeia a esfera das testemunhas no Brasil, pois, principalmente, a espécie testemunha direta e a sua valoração conectam o tema com algumas das ressalvas mencionadas pelo ordenamento norte-americano sobre a matéria.

O terceiro capítulo foi imprescindível para que, diante do aprofundamento das regras sobre os testemunhos por ouvir dizer, fosse possível comparar como o ordenamento jurídico brasileiro ainda necessita se aprofundar na temática. Em regra, na esfera judicial dos Estados Unidos por problemas de valoração, confiabilidade e ausência de confrontação direta pela defesa existe uma vedação ao uso da testemunha do ouvir dizer.

Deve-se levar em conta que um testemunho por ouvir dizer compromete o exame cruzado a ser realizado pela defesa, pois esta fica impossibilitada de realizar perguntas para a fonte direta da informação, tendo em vista que quem depõe só tem conhecimento do fato pelo que lhe foi contado por terceiro.

Apesar de não ser proibido na esfera jurídica brasileira, este deve ser analisado com cautela devido ao comprometimento da robustez do depoimento e da credibilidade.

Além disso, por ser suscetível à manipulação evidencia uma possível ruptura ao princípio do contraditório, já que sem o *cross-examination* realizado na audiência, não há a plena confrontação dos fatos. A testemunha que está depondo sob palavra de honra não sabe nada do fato *per se* e fica adstrita ao que ouviu de alguém que presenciou o fato, podendo fazer juízo de valor, circunstância vedada pela objetividade da prova testemunhal.

Posteriormente, no quarto capítulo a análise jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros concluiu que a pronúncia do acusado no procedimento do Tribunal do Júri não pode ser baseada exclusivamente em indícios de autoria fincados em provas que contenham testemunho por ouvir dizer.

Outra consideração importante deve ser feita quando da observação da jurisprudência é o requerimento de concessão liminar de habeas corpus com vistas à soltura de acusado preso preventivamente. Os tribunais entendem que, quando comprovada a periculosidade do agente caso seja solto pela natureza do crime e pelo possível atrapalhar do andamento processual, este deve ser mantido em cárcere.

Contudo, a jurisprudência minoritária caminha no sentido de conceder a ordem de soltura, nessas mesmas situações, quando o *hearsay testimony* se afigura como única forma probatória que mantém a prisão preventiva, enaltecendo a fragilidade dessa prova para manter medida considerada como *ultima ratio*.

Além disso, o princípio do *in dubio pro reo* é amplamente discutido nesse cenário, posto que, na menor das dúvidas quanto à autoria de um delito, o acusado deveria ser impronunciado e o *in dubio pro societate*, por não ter previsão legal, não deveria ser aplicado.

Os acórdãos analisados são, de fato, consistentes com a pesquisa sobre o testemunho por ouvir dizer. A evolução jurisprudencial até aqui observada mostra-se suficiente para problematizar a questão quanto ao parâmetro do tipo de *hearsay*.

Ao comparar as hipóteses previstas na lei norte-americana evidencia-se uma categorização dos tipos de exclusão que possibilitam a admissibilidade desse testemunho na esfera das



provas. Isso não tem ocorrido no Brasil, atualmente existe uma generalização do que é considerado como ouvir dizer e essa tem sido a aplicação dada pelos Tribunais.

Com efeito, a doutrina brasileira poderia de sistematizar como esse testemunho por ouvir dizer se desenrola, em que tipo de afirmação se baseia, em quais documentos ou em quais circunstâncias são fornecidos os depoimentos do que se soube por terceiros.

O direito norte-americano ao admitir o testemunho por ouvir dizer, quando este é baseado em acontecimentos que foram presenciados pouco antes das declarações, em documentos com fé-pública, em impressões já fornecidas previamente pela testemunha, em abordagens sobre condições emocionais e mentais ou em relação à reputação de pessoas quando da amostragem de uma ampla comunidade, demonstra a preocupação em identificar situações em que se pode creditar confiabilidade aos testemunhos.

A ponderação final, portanto, é no sentido da necessidade de um estudo aprofundado das categorias sobre as questões relativas ao uso do testemunho por ouvir dizer nos processos criminais, já que algumas exceções do sistema estadunidense poderiam ser aplicadas para que, nos casos apropriados, fossem empregadas.

Desse modo, no que concerne ao âmbito probatório, toda prova deve ser minimamente apreciada quando da fundamentação necessária para que se possa proteger a liberdade do acusado, visto ser esse o bem jurídico de máxima relevância para o Direito Penal.

Conclui-se, por oportuno, que não se espera aqui contemplar todos os escopos do objeto estudado. O que se almeja é uma ínfima contribuição para esclarecer pontos que não são amplamente explorados pela doutrina pátria – mas que, sem sombra de dúvida, poderão ser comuns com o passar do tempo e assim farão parte do cotidiano –, fornecendo alguns detalhes necessários para a exploração do instituto pelos estudiosos do ramo jurídico no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AFZALI, MARA. **Letting Sleeping Dogmas Lie: A Responde to Judge Posner's Call to Reform the Res Gestae Exceptions to the Rule Against Hearsay.** Volume 80.2. Albany Law Review, 2017.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARIZONA Revised Statutes Annotated. Rules of Evidence for Courts in the State of Arizona. **Thompson Reuters Westlaw.** Acessado em 21 nov. 2018. Disponível em < [https://govt.westlaw.com/azrules/Document/N1331F4D0E7DB11E0B453835EEBAB0BCD?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default](https://govt.westlaw.com/azrules/Document/N1331F4D0E7DB11E0B453835EEBAB0BCD?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default) >

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 5ª ed. São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Ele Pierre. **Garantismo Processual.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BRASIL. **Vade Mecum Penal: Penal, Processo Penal e Constituição Federal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. Informativo de Jurisprudência do STJ. Informativo nº 0603. Publicado em 07/06/2017. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HEARSAY++OU+OUVIR+DIZER++E+TESTEMUNHA&operador=e&tipo\\_vissualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HEARSAY++OU+OUVIR+DIZER++E+TESTEMUNHA&operador=e&tipo_vissualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true) > Acessado em 23 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.373.356-BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Data 20/4/2017. Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num\\_registro=201300972922&dt\\_publicacao=28/04/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201300972922&dt_publicacao=28/04/2017) > Acessado em 23 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp nº 1717529 RS 2018/0000830-2, Relator: Ministro Felix Fischer, Data: 15/08/2018.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp nº 1761782 RS 2018/0216903-4, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data: 21/09/2018. BRASIL. STJ. AREsp nº 1003652 RS 2016/0278457-0, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data: 06/09/2017. BRASIL. STJ. REsp nº 1693236 RS 2017/0218553-7, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data: 30/10/2017. BRASIL. STJ. REsp nº 1373356 BA 2013/0097292-2, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data: 28/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 1123983, 20180910045519APR, Rel. Jair Soares, Revisor: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, Data: 13/09/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0316127-68.2013.8.05.0001. Relator: Luiz Fernando Lima. Publicado em 20/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0011079-93.2012.8.05.0113. Relator: Pedro Augusto Costa Guerra. Publicado em 06/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. RESE nº 0002902-41.2012.8.05.0146. Relator: Joao Bosco De Oliveira Seixas. Publicado em 16/03/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recurso Criminal n. 2008.050208-9, Rel. Des. Torres Marques. Terceira Câmara Criminal, Data 16-09-2008. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=ouvir%20di-zer&id=AAAbmQAAAAAPk2EAAE&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=ouvir%20di-zer&id=AAAbmQAAAAAPk2EAAE&categoria=acordao)> Acessado em 23 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC nº 0101473-88.2014.8.26.0050. Relator: Andrade Sampaio. Publicado em: 11/10/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC nº 0101473-88.2014.8.26.0050. Relator: Andrade Sampaio. Publicado em: 11/10/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70050150739. Relator: Francesco Conti. Publicado em: 05/09/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70063886584, Terceira Câmara Crimi-nal. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Publicado em: 09/04/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70077912525 RS, Relator: Rínez da Trindade, Data: 23/07/2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70074164047. Relator: Rínez Da Trindade. Publicado em: 28/09/2017. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70059676429. Relator: Diogenes Hassan Ribeiro. Publicado em: 11/09/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. RESE nº 70069515542 RS. Relatora: Cláudia Maria Hardt. Publicado em: 28/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. RESE nº 70078709581. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Data 21/11/2018. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC nº 70078583846. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Data 08/11/2018.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSTITUTION of the United States. **United States Senate**. Disponível em <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)> Acessado em 10 nov. 2018.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.

DA SILVA, César Dário Mariano. **Provas Ilícitas e o Princípio da Proporcionalidade**. Acessado em 20 nov. de 2018. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/6191>>

DO VALE, IONILTON PEREIRA. **A proibição das testemunhas de referência ou Hearsay Rule no direito anglo-americano e português.** Acessado em nov. de 2018. Disponível em < <https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/160807466/a-proibicao-das-testemunhas-de-referencia-ou-hearsay-rule-no-direito-anglo-americano-e-portugues> >

FENNER, G. Michael. **The residual exception to the hearsay rule: the complete treatment.** Creighton Law Review, Vol. 33, n. 2, 2000.

FENNER, Michael. **The Hearsay Rule**, Third Edition. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Processo Penal Constitucional.** 7ª ed; rev, atual e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GESU, Cristina Di. **Prova Penal & Falsas Memórias.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; PRADO, Geraldo; SILVEIRA, Edson Damas da; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Prova Penal – Estado Democrático de Direito.** Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2015.

GILBERT, Geoffrey. **The Law of Evidence.** Londres: Joseph Crukshank, 1805.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 37, 1992. Disponível em < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1400> > Acessado em 28 out. 2018.

HAMILTON, Melissa. **The Reliability of Assault Victims Immediate Accounts: Evidence From Trauma Studies.** Volume 26:269. Stanford Law & Policy Review, 2015.

HEARSAY in United States Law. **Wikipedia.** Acessado em 20 nov. de 2018. Disponível em < [https://en.wikipedia.org/wiki/Hearsay\\_in\\_United\\_States\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Hearsay_in_United_States_law) >

HEARSAY Rule Law and Legal Definition. **USLegal.com.** Acessado em 15 nov. de 2018. Disponível em < <https://definitions.uslegal.com/h/hearsay-rule/> >

HEARSAY, a brief history. **Lawyers.com.** Acessado em 13 nov. 2018. Disponível em < <https://blogs.lawyers.com/attorney/civil-practice/hearsay-a-brief-history-33130/> >

IRELAND, Marilyn J., **Deconstructing Hearsay's Structure:** Toward a Witness Recollection Definition of Hearsay, 43 Vill. L. Rev. 529, 1998. Disponível em: < <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol43/iss3/1> > Acessado em 23 nov. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 4 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1935.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. V. 3. Turim: UTET, 1932.

MELO, Phelipe Benoni. **O Depoimento de uma Hearsay Witness como Fundamento para a Pronúncia**. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-depoimento-de-uma-hearsay-witness-como-fundamento-para-a-pronuncia> > Acessado em 23 nov. 2018.

MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime**. Estudo sobre a prova no sistema penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

MILLER, ROBERT D. **Testimony by proxy**: the use of expert testimony to provide defendant testimony without cross-examination. *The Journal of Psychiatry & Law* 31/Spring, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Introdução Aos Princípios Gerais Do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Trad. De Herbert Wüntzel Heinrich, 3ª ed., Campinas: Boockseller, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1997.

NICOLAS, Peter. **But What if the Court Reporter Is Lying?** The Right to Confront Hidden Declarants Found in Transcripts of Former Testimony. *BYU Law Review*, 2010.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PARK, Roger. **McCormick on Evidence and the Concept of Hearsay**: A Critical Analysis Followed by Suggestions to Law Teachers. 65 *Minn. L. Rev.* 423: UC Hastings College of the Law, 1981.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **A Prova Penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquemático**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RICHTER, Liesa. **Goldilocks and the rule 803 hearsay exceptions**. William & Mary Law Review. Volume 59, issue 3, 2018.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Proibições Probatórias no Processo Penal**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de Souza. **Manual da Prova Penal Constitucional**. 2ª ed., rev., ampl. e atual, Curitiba: Jurua Editora, 2014.

SWIFT, Eleanor. **A Foundation Fact Approach to Hearsay**, 75 California Law Review, 1987.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da Prova, a Teoria do Testemunho de Ouvir Dizer**. 1 ed. São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2004.

WIGMORE, John. The History of the Hearsay Rule. Harvard Law Review, Vol. 17, nº. 7, 1904.

WODJACZ, Mariah. **Objection: Hearsay! What is the hearsay rule, and what are the exceptions to it?** Acessado em 15 nov. de 2018. Disponível em < <https://www.legalzoom.com/articles/objection-hearsay-what-is-the-hearsay-rule-and-what-are-the-exceptions-to-it> >

WOOTTEN, John Halden. **Report 29 outline - The rule against hearsay**. New South Wales. Law Reform Commission, Sydney, 1978.

## ANEXO 01

### Federal Rules of Evidence

#### Article VIII – Hearsay

##### Rule 801- Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

The following definitions apply under this article:

(a) Statement. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant. “Declarant” means the person who made the statement.

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

(d) Statements That Are Not Hearsay. A statement that meets the following conditions is not hearsay:

(1) A Declarant-Witness’s Prior Statement. The declarant testifies and is subject to cross-examination about a prior statement, and the statement:

(A) is inconsistent with the declarant’s testimony and was given under penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding or in a deposition;

(B) is consistent with the declarant’s testimony and is offered:

(i) to rebut an express or implied charge that the declarant recently fabricated it or acted from a recent improper influence or motive in so testifying; or

(ii) to rehabilitate the declarant's credibility as a witness when attacked on another ground; or

(C) identifies a person as someone the declarant perceived earlier.

(2) An Opposing Party's Statement. The statement is offered against an opposing party and:

(A) was made by the party in an individual or representative capacity;

(B) is one the party manifested that it adopted or believed to be true;

(C) was made by a person whom the party authorized to make a statement on the subject;

(D) was made by the party's agent or employee on a matter within the scope of that relationship and while it existed; or

(E) was made by the party's coconspirator during and in furtherance of the conspiracy.

The statement must be considered but does not by itself establish the declarant's authority under (C); the existence or scope of the relationship under (D); or the existence of the conspiracy or participation in it under (E).

### **Rule 802 – The Rule Against Hearsay**

Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise:

- a federal statute;
- these rules; or
- other rules prescribed by the Supreme Court.

### **Rule 803 – Exceptions to the Rule Against Hearsay**

The following are not excluded by the rule against hearsay, regardless of whether the declarant is available as a witness:



(1) Present Sense Impression. A statement describing or explaining an event or condition, made while or immediately after the declarant perceived it.

(2) Excited Utterance. A statement relating to a startling event or condition, made while the declarant was under the stress of excitement that it caused.

(3) Then-Existing Mental, Emotional, or Physical Condition. A statement of the declarant's then-existing state of mind (such as motive, intent, or plan) or emotional, sensory, or physical condition (such as mental feeling, pain, or bodily health), but not including a statement of memory or belief to prove the fact remembered or believed unless it relates to the validity or terms of the declarant's will.

(4) Statement Made for Medical Diagnosis or Treatment. A statement that:

(A) is made for — and is reasonably pertinent to — medical diagnosis or treatment; and

(B) describes medical history; past or present symptoms or sensations; their inception; or their general cause.

(5) Recorded Recollection. A record that:

(A) is on a matter the witness once knew about but now cannot recall well enough to testify fully and accurately;

(B) was made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness's memory; and

(C) accurately reflects the witness's knowledge.

If admitted, the record may be read into evidence but may be received as an exhibit only if offered by an adverse party.

(6) Records of a Regularly Conducted Activity. A record of an act, event, condition, opinion, or diagnosis if:

(A) the record was made at or near the time by — or from information transmitted by — someone with knowledge;

(B) the record was kept in the course of a regularly conducted activity of a business, organization, occupation, or calling, whether or not for profit;

(C) making the record was a regular practice of that activity;

(D) all these conditions are shown by the testimony of the custodian or another qualified witness, or by a certification that complies with Rule 902(11) or (12) or with a statute permitting certification; and

(E) the opponent does not show that the source of information or the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.

(7) Absence of a Record of a Regularly Conducted Activity. Evidence that a matter is not included in a record described in paragraph (6) if:

(A) the evidence is admitted to prove that the matter did not occur or exist;

(B) a record was regularly kept for a matter of that kind; and

(C) the opponent does not show that the possible source of the information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(8) Public Records. A record or statement of a public office if:

(A) it sets out:

(i) the office's activities;

(ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel; or

(iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation; and

(B) the opponent does not show that the source of information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(9) Public Records of Vital Statistics. A record of a birth, death, or marriage, if reported to a public office in accordance with a legal duty.

(10) Absence of a Public Record. Testimony — or a certification under Rule 902 — that a diligent search failed to disclose a public record or statement if:

(A) the testimony or certification is admitted to prove that

(i) the record or statement does not exist; or

(ii) a matter did not occur or exist, if a public office regularly kept a record or statement for a matter of that kind; and

(B) in a criminal case, a prosecutor who intends to offer a certification provides written notice of that intent at least 14 days before trial, and the defendant does not object in writing within 7 days of receiving the notice — unless the court sets a different time for the notice or the objection.

(11) Records of Religious Organizations Concerning Personal or Family History. A statement of birth, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood or marriage, or similar facts of personal or family history, contained in a regularly kept record of a religious organization.

(12) Certificates of Marriage, Baptism, and Similar Ceremonies. A statement of fact contained in a certificate:

(A) made by a person who is authorized by a religious organization or by law to perform the act certified;

(B) attesting that the person performed a marriage or similar ceremony or administered a sacrament; and

(C) purporting to have been issued at the time of the act or within a reasonable time after it.

(13) Family Records. A statement of fact about personal or family history contained in a family record, such as a Bible, genealogy, chart, engraving on a ring, inscription on a portrait, or engraving on an urn or burial marker.

(14) Records of Documents That Affect an Interest in Property. The record of a document that purports to establish or affect an interest in property if:

(A) the record is admitted to prove the content of the original recorded document, along with its signing and its delivery by each person who purports to have signed it;

(B) the record is kept in a public office; and

(C) a statute authorizes recording documents of that kind in that office.

(15) Statements in Documents That Affect an Interest in Property. A statement contained in a document that purports to establish or affect an interest in property if the matter stated was relevant to the document's purpose — unless later dealings with the property are inconsistent with the truth of the statement or the purport of the document.

(16) Statements in Ancient Documents. A statement in a document that was prepared before January 1, 1998 and whose authenticity is established.

(17) Market Reports and Similar Commercial Publications. Market quotations, lists, directories, or other compilations that are generally relied on by the public or by persons in particular occupations.

(18) Statements in Learned Treatises, Periodicals, or Pamphlets. A statement contained in a treatise, periodical, or pamphlet if:

(A) the statement is called to the attention of an expert witness on cross-examination or relied on by the expert on direct examination; and

(B) the publication is established as a reliable authority by the expert's admission or testimony, by another expert's testimony, or by judicial notice.

If admitted, the statement may be read into evidence but not received as an exhibit.

(19) Reputation Concerning Personal or Family History. A reputation among a person's family by blood, adoption, or marriage — or among a person's associates or in the community — concerning the person's birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history.

(20) Reputation Concerning Boundaries or General History. A reputation in a community — arising before the controversy — concerning boundaries of land in the community or customs that affect the land, or concerning general historical events important to that community, state, or nation.

(21) Reputation Concerning Character. A reputation among a person's associates or in the community concerning the person's character.

(22) Judgment of a Previous Conviction. Evidence of a final judgment of conviction if:

(A) the judgment was entered after a trial or guilty plea, but not a nolo contendere plea;

(B) the conviction was for a crime punishable by death or by imprisonment for more than a year;

(C) the evidence is admitted to prove any fact essential to the judgment; and

(D) when offered by the prosecutor in a criminal case for a purpose other than impeachment, the judgment was against the defendant.

The pendency of an appeal may be shown but does not affect admissibility.

(23) Judgments Involving Personal, Family, or General History, or a Boundary. A judgment that is admitted to prove a matter of personal, family, or general history, or boundaries, if the matter:

(A) was essential to the judgment; and

(B) could be proved by evidence of reputation.

#### **Rule 804 – Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable**

(a) Criteria for Being Unavailable. A declarant is considered to be unavailable as a witness if the declarant:

(1) is exempted from testifying about the subject matter of the declarant's statement because the court rules that a privilege applies;

(2) refuses to testify about the subject matter despite a court order to do so;

(3) testifies to not remembering the subject matter;

(4) cannot be present or testify at the trial or hearing because of death or a then-existing infirmity, physical illness, or mental illness; or

(5) is absent from the trial or hearing and the statement's proponent has not been able, by process or other reasonable means, to procure:

(A) the declarant's attendance, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(1) or (6);  
or

(B) the declarant's attendance or testimony, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(2), (3), or (4).

But this subdivision (a) does not apply if the statement's proponent procured or wrongfully caused the declarant's unavailability as a witness in order to prevent the declarant from attending or testifying.

(b) The Exceptions. The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness:

(1) Former Testimony. Testimony that:

(A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during the current proceeding or a different one; and

(B) is now offered against a party who had — or, in a civil case, whose predecessor in interest had — an opportunity and similar motive to develop it by direct, cross-, or redirect examination.

(2) Statement Under the Belief of Imminent Death. In a prosecution for homicide or in a civil case, a statement that the declarant, while believing the declarant's death to be imminent, made about its cause or circumstances.

(3) Statement Against Interest. A statement that:

(A) a reasonable person in the declarant's position would have made only if the person believed it to be true because, when made, it was so contrary to the declarant's proprietary or pecuniary interest or had so great a tendency to invalidate the declarant's claim against someone else or to expose the declarant to civil or criminal liability; and

(B) is supported by corroborating circumstances that clearly indicate its trustworthiness, if it is offered in a criminal case as one that tends to expose the declarant to criminal liability.

(4) Statement of Personal or Family History. A statement about:

(A) the declarant's own birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history, even though the declarant had no way of acquiring personal knowledge about that fact; or

(B) another person concerning any of these facts, as well as death, if the declarant was related to the person by blood, adoption, or marriage or was so intimately associated with the person's family that the declarant's information is likely to be accurate.

(5) [Other Exceptions .] [Transferred to Rule 807.]

(6) Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability. A statement offered against a party that wrongfully caused — or acquiesced in wrongfully causing — the declarant's unavailability as a witness, and did so intending that result.

### **Rule 805 – Hearsay Within Hearsay**

Hearsay within hearsay is not excluded by the rule against hearsay if each part of the combined statements conforms with an exception to the rule.

### **Rule 806 – Attacking and Supporting the Declarant**

When a hearsay statement — or a statement described in Rule 801(d)(2)(C), (D), or (E) — has been admitted in evidence, the declarant's credibility may be attacked, and then supported, by any evidence that would be admissible for those purposes if the declarant had testified as a witness. The court may admit evidence of the declarant's inconsistent statement or conduct, regardless of when it occurred or whether the declarant had an opportunity to explain or deny it. If the party against whom the statement was admitted calls the declarant as a witness, the party may examine the declarant on the statement as if on cross-examination.

### **Rule 807 – Residual Exception**

(a) In General. Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:

(1) the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;

(2) it is offered as evidence of a material fact;

(3) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and



(4) admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice.

(b) Notice. The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.