

ESCOLA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

DANIELLE MAUAT TEIXEIRA

**ASPECTOS PROBATÓRIOS DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER” NO
DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Porto Alegre
2021

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

ASPECTOS PROBATÓRIOS DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER” NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Danielle Mauat Teixeira¹
Fernanda Corrêa Osorio²

RESUMO

O presente estudo propõe-se a analisar a admissibilidade e valoração do testemunho “de ouvir dizer” no processo penal, expondo os seus parâmetros através de extensa pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Inicialmente, para fins de premissas necessárias ao estudo do tema, examina-se o sistema de valoração da prova no ordenamento jurídico brasileiro, subsidiando a compreensão da relação entre verdade, prova e fundamentação no processo penal. A partir de tais compreensões iniciais, traça-se o estudo sobre a prova testemunhal pela ótica epistemológica, abordando a sua importância, característica e problematização em razão dos limites cognitivos de reconstrução dos fatos pela memória humana. Por fim, após análise minuciosa da testemunha indireta no processo penal e a sua valoração comparativa no ordenamento jurídico norte-americano, realiza-se a análise jurisprudencial sobre o tema no âmbito nacional e do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Testemunho “de ouvir dizer”; Testemunha indireta; Prova testemunhal; Valoração probatória no processo penal; Epistemologia jurídica da prova penal; Standard de provas.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the hearsay testimony in criminal proceedings, outlining admissibility and valuation through extensive legal research. To fulfill the study premises, the first section examines the evidence valuation within Brazil's legal system, seeking to address and elucidate the relationship between truth, evidence and reasoning within criminal proceedings. Based on these initial understandings, the paper discusses the hearsay testimony through legal epistemology, addressing its relevancy, features and limitations due to the narrowness of the human memory. Furthermore, after deep analysis of the hearsay testimony in criminal proceedings and its valuation benchmarking within the American legal system, the paper analyzes court precedents from Brazil and from the International Criminal Court.

Keywords: Hearsay testimony; Hearsay witness; Secondhand evidence; Evidence valuation in criminal proceedings; Legal epistemology; Standard of proof.

¹ Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: danielle.mauat@edu.pucrs.br

² Orientadora: Professora do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail. fernanda.osorio@achuttieosorio.com.br

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA PROVA PENAL. 3. DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL. 4 DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER”. 5. DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER” NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal tem por finalidade, precipuamente, a reconstrução histórica de um fato tipicamente ilícito, e como instrumento de retrospectiva, está destinado a instruir o julgador. Nesse sentido, através do seu conjunto probatório, cria-se condições para o efetivo exercício da atividade recognitiva do juiz, de modo que a prova admitida nos autos construirá o seu convencimento.

Na seara criminal, o principal meio de prova utilizado é a prova testemunhal, a qual possui uma imensa bagagem de preocupações acerca da sua confiabilidade e valoração. Diante da maleabilidade dessa espécie de prova, surge a necessidade de investigar a qualidade probatória necessária a ser admitida no processo penal, cingindo-se o presente estudo a tratar dos aspectos probatórios do testemunho “por ouvir dizer” através da problemática da sua admissão e valoração.

Com efeito, a partir do método dedutivo e dialético, o presente estudo objetiva analisar como os depoimentos “por ouvir dizer” são tratados no processo penal brasileiro, examinando a sua admissibilidade, o seu valor probatório e sua autossuficiência para fundamentar uma condenação. Assim, dividiu-se a dissertação em quatro capítulos, sendo os dois primeiros com o objetivo de estabelecer as premissas necessárias para tratar do tema central da pesquisa, e os demais para expor os seus parâmetros de valoração.

No primeiro capítulo, adentra-se no campo da teoria do conhecimento, estabelecendo-se as premissas necessárias à construção de uma epistemologia jurídica sobre a prova no processo penal. Nesse contexto, analisa-se a evolução dos sistemas de avaliação de provas ao longo do tempo, de modo a subsidiar a compreensão da relação entre verdade, prova e fundamentação no processo penal. A partir de tais premissas, examina-se o sistema de valoração da prova no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo comparações com os sistemas da *Common Law* e os seus modelos de controle do juízo de fato, denominados *standards* probatórios.

Por sua vez, o segundo capítulo consiste em um caminho necessário a ser perpassado por este estudo: a compreensão da prova testemunhal. Através da sua análise sob a ótica epistemológica, traça-se o seu conceito; importância; características; e problematização em razão dos limites cognitivos de reconstrução dos fatos pela memória humana.

No terceiro capítulo, após avaliação do contexto em que se insurge a prova testemunhal no processo penal, parte-se para o estudo do testemunho “por ouvir dizer”, expondo os seus parâmetros através de extensa pesquisa doutrinária que aborda as diferentes vertentes quanto à sua valoração. Além disso, traça-se um comparativo com a utilização dessa espécie probatória no ordenamento jurídico norte-americano, propiciando reflexões sobre a função do testemunho indireto como meio de prova.

Por fim, no último capítulo, realiza-se a análise jurisprudencial sobre o tema. Nesse cenário, examina-se como ocorre o tratamento da testemunha por “ouvir dizer” no âmbito nacional e do Tribunal Penal Internacional.

2 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA PROVA PENAL

O exame acerca da existência de fatos passou por refinações significativas ao longo do tempo, marcada pela progressiva secularização estatal que retirou de cena o tempo das ordálias e toda a confusão entre pecado e delito, pena e penitência.³ Como remédio ao arbítrio e excesso de poder judicial, idealizado por procedimentos litúrgicos, surge a adoção de sistemas de avaliação de provas, tais como o sistema de provas tarifadas; da íntima convicção ou da certeza moral do juiz; e do livre convencimento motivado.⁴

Os sistemas de avaliação de provas são definidos como os critérios utilizados pelo juiz na valoração probatória, os quais possuem a intersecção da busca pela verdade processual ou histórica do processo.⁵ Sob essa ótica, impende ressaltar que o direito probatório, em geral, na tentativa de superação radical do período anterior, caracterizado pelos dogmas produzidos pelas crenças religiosas, passa a ser um grande palco de tentativas de descoberta da verdade, sendo possível afirmar que a epistemologia, também conhecida como Teoria do Conhecimento⁶, é considerada um caminho viável para estabelecer o relacionamento entre ambos: a prova e a verdade no processo penal.⁷ Nesse sentido, conforme preceitua Susan Haack, “o direito está até o pescoço mergulhado na epistemologia”.⁸

A epistemologia jurídica compreende o estudo dos critérios e instrumentos utilizados pelo magistrado para obter o contexto do fato histórico narrado na peça acusatória, sobre o qual lhe cabe proferir decisão. Tal contribuição filosófica é essencialmente importante no que atine ao direito probatório, na medida em que a preocupação central da epistemologia jurídica é compreender o que é prova, como é a sua estrutura e o que a torna mais fragilizada, definindo critérios minimamente objetivos para a sua valoração.⁹

No ponto, de maneira exemplificativa, destaca-se a concepção epistemológica garantista asseverada por Luigi Ferrajoli, segundo a qual deve-se exigir a verificabilidade ou falsificabilidade da hipótese acusatória, bem como

³GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho. bases argumentales de la prueba**. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 7-9.

⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 505 ss.

⁵Ibid., p. 505

⁶A epistemologia jurídica é o estudo da ciência do Direito que busca estabelecer teorias sobre os instrumentos de conhecimento jurídico, tais como a análise das condições de validade dos procedimentos de investigação e dos instrumentos linguísticos. CARNEIRO, Maria Francisca. Reflexões sobre a epistemologia jurídica contemporânea no Brasil. **RIDB**, ano 2, n. 4, 2013. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_02777_02790.pdf. Acesso em: 02 mai. 2021.

⁷BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr, 2018, p. 44.

⁸HAACK, Susan. **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. New: Prometheus Books, 2009, p. 362

⁹BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr, 2018, p. 53.

a sua refutabilidade, de forma a poder ser submetida a um procedimento de verificação e confronto judicial com as demais provas do processo. Nessa perspectiva, as hipóteses acusatórias devem ser admitidas apenas se forem convalidadas com o conjunto probatório geral, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*.¹⁰

Com efeito, a justiça de uma decisão está condicionada a um correto juízo de fato e de interpretação das normas jurídicas, o que se dá mediante o bom exercício de atividades epistêmicas e hermenêuticas, desenvolvidas sob a égide do devido processo legal¹¹, sob pena de resultar em decisões intuitivas e sem critérios, determinadas pela contingência do senso comum. Para além de quaisquer considerações, destaca-se que o processo penal tem por finalidade a busca da reconstrução histórica de um fato, e como um instrumento de retrospecção, está destinado a instruir o julgador.

Através do seu conjunto probatório, o processo pretende criar condições para o exercício da atividade recognitiva pelo juiz, o qual reproduzirá o seu convencimento exteriorizado na sentença, de modo que a prova admitida nos autos se consubstanciará na construção do convencimento do magistrado e legitimará o seu poder decisório.¹² Nesta perspectiva de formação probatória a partir da reconstrução dos fatos, emerge a necessidade de adoção de uma acepção do conceito de descoberta da verdade e a sua ambição no processo penal, na medida em que boa parte da doutrina associa a referida descoberta com o ato de provar.¹³

Inúmeras são as vertentes acerca da percepção da verdade no processo penal, a qual está diretamente vinculada à função da prova, haja vista que se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade, e as ordálias, duelos, e qualquer outro meio irracional poderiam continuar sendo utilizados para proferir decisões.¹⁴ No entanto, destaca-se a intrincada problemática da vertente que aduz a impossibilidade prática de o processo afirmar uma veracidade absoluta e incontestável a partir daquilo que as provas traduzem, defendendo-se a possibilidade de uma verdade relativa, em razão da limitação dos meios de conhecimento e da cognição humana.

Acerca da concepção de verdade processual, Daniel Achutti e Roberto da Rocha Rodrigues¹⁵ defendem a sua relatividade, porquanto as provas, constituídas através da reconstrução histórica aproximativa dos fatos, resgatam apenas um fragmento deste:

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.31.

¹¹ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, pp. 43-80, jan./abr, 2018, p. 46.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 352.

¹³ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 19.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr, 2018, p. 46.

¹⁵ ACHUTTI, Daniel da Silva. RODRIGUES, Roberto da Rocha. **TEMPO, MEMÓRIA E DIREITO NO SÉCULO XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal**. Disponível em: https://www.academia.edu/2999123/Tempo_Mem%C3%B3ria_e_Direito_no_S%C3%A9culo_XXI_o_del%C3%ADrio_da_busca_da_verdade_real_no_processo_penal. Acesso em: 20 mai. 2021, p. 11.

A história (e qualquer outra *ciência*) não pode mais ser produzida partindo da ideia de que irá relatar exatamente a “verdade” do que ocorreu naquele espaço-tempo pretérito, sendo forçada a assumir que resgatará apenas um fragmento do fato, a partir dos pontos de vista dos historiadores (nas demais ciências, juristas, psicólogos, etc.). Tal consequência revela-se fundamental para o processo penal, quando a “pequena história” do fato-crime em questão não pode mais ser resgatada integralmente, como se fosse um mero objeto à espera de seus sujeitos.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. assevera que a verdade real é um mito oriundo do sistema inquisitório, no qual buscava-se a “verdade” a qualquer custo. O processualista defende que essa veracidade dos fatos não é fundante, negando a sua concepção como função do processo, porquanto os fatos passados não seriam passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas consequências, bem como em razão da ambição da verdade acabar por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal democrático e constitucional.¹⁶

A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). 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.

Ainda, destaca-se a concepção adotada por Luigi Ferrajoli, no sentido de que se uma justiça penal “inteiramente ‘como verdade’ constitui uma utopia, analogicamente uma justiça “inteiramente ‘sem verdade’ constitui um sistema de arbítrio. No ponto, cabe considerar a “verdade” no processo penal apenas como meio para decidir qual é a hipótese legal que melhor se coaduna com o caso concreto, retirando a sua conotação absoluta.¹⁷

A temática da ambição da veracidade dos fatos envolve questões extremamente complexas, relacionadas a problemas filosóficos, sendo que parte majoritária da doutrina ainda afirma que a função da atividade jurisdicional criminal é a sua descoberta, a qual possibilitaria uma decisão justa e correspondente aos fatos ocorridos. De todo modo, sustenta-se que a função da prova penal deve ser analisada em seu duplo aspecto, como instrumento de reconstrução história dos fatos e elemento de convencimento do julgador.¹⁸

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 380-388.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr, 2018, p. 49.

¹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012>. Acesso em: 10 de maio de 2021.

Com efeito, nesta perspectiva de convencimento judicial por critérios racionais e juridicamente legítimos, destaca-se a inexistência de critérios previamente definidos para a valoração da prova no ordenamento jurídico. A legislação penal brasileira adota como regra geral o Sistema do Livre Convencimento Motivado do Juiz ou Persuasão Racional, estando positivado no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, conjugado com o art. 93, inciso IX da Constituição Federal. De acordo com esse sistema, o julgador terá liberdade para apreciar as provas e formar a sua convicção, não havendo limites e regras abstratas de valoração da prova, e tampouco a possibilidade de proferir uma decisão sem fundamentá-la.¹⁹

Consoante preceitua Marcos Eberhardt, “o livre convencimento representa uma tentativa de superar o positivismo legalista, no qual o magistrado era nada mais que o ‘juiz boca da lei’”. Nesse sentido, na ausência de critérios pré-definidos, o magistrado poderá valorar determinadas provas em detrimento de outras, convivendo com a obrigatoriedade de fundamentar suas escolhas.²⁰

Nos países da *commom law* vigoram os modelos de controle do juízo de fato, denominados *standards* probatórios, os quais definem enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial no terreno das provas e dos fatos, relacionando-se à noção de grau de confirmação das hipóteses aventadas no processo. Os principais modelos de *standards* probatórios utilizados nesse sistema, sobretudo na doutrina processualista norte-americana, são os *standards* da prova acima de dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e da preponderância de prova (*preponderance of evidence*).²¹

Na legislação penal brasileira, a despeito da previsão constitucional da presunção de não culpabilidade, não há uma clareza do *standard* de prova a ser adotado, o que ocasiona a sua vulnerabilidade e maximiza os riscos de condenações injustas, na medida em que não há um critério que indique quando se considera suficientemente provada uma hipótese fática. Tal cenário se agrava quando, diante das restrições técnicas da polícia judiciária brasileira, a prova testemunhal se constitui como o principal meio de prova na seara criminal, conduzindo-se a um cenário de arbitrariedade, em virtude da volubilidade, maleabilidade e subjetividade dessa prova, conforme ainda se observará no presente estudo.

3 DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Não obstante o desenvolvimento do conhecimento tecnológico e a Era do fluxo de processamento de dados, o processo penal brasileiro ainda necessita contar precipuamente com a memória humana, a qual pode ser considerada um meio pouco confiável para lidar com questões relacionadas à liberdade e à vida, como ocorre na práxis forense, sobretudo na seara criminal. No ponto, pode-se afirmar que a prova testemunhal é uma das espécies mais utilizadas na

¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 377.

²⁰ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, pp. 60-61.

²¹ BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no processo penal**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf> >. Acesso em: 10 de maio de 2021.

persecução penal²², sobre a qual também recaem as maiores preocupações acerca da sua confiabilidade e valoração.

Conforme conceitua Guilherme Nucci, considera-se testemunha a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de dizer a verdade e ser imparcial.²³ No mesmo sentido, na concepção de Marcos Eberhardt, testemunha é toda pessoa que comparece perante a autoridade para dizer o que viu ou ouviu dizer, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência de fato juridicamente relevante.²⁴

Com efeito, entre as características da prova testemunhal, destaca-se a sua oralidade, objetividade, judicialidade e retrospectividade.²⁵ Contudo, para além de quaisquer considerações sob o ponto de vista dogmático, - em que se emerge no viés das normas da prova testemunhal quanto à sua admissão e características -, propõe-se, no presente capítulo, analisá-la sob a ótica epistemológica, a qual é relegada a um segundo plano em grande parte da doutrina penal brasileira.

No ponto, destaca-se a grande dependência do sistema da justiça criminal brasileiro à prova testemunhal, aliado ao seu prisma de valoração e à sua maleabilidade. Como bem esclarece Eugênio Pacelli, muitas vezes a morosidade processual e investigatória impede a atuação eficaz da memória do depoimento, de modo que a convicção da realidade dos fatos apurados não será tão segura. Da mesma forma, no plano do consciente e inconsciente, a gravidade dos fatos e outros fatores correlatos poderão influir no espírito e discernimento da testemunha.²⁶

Neste cenário de possíveis erros judiciários, sobretudo de falsas condenações, destaca-se o *Innocence Project*, fundado em 1992 por Peter Neufeld e Barry Scheck na Faculdade de Direito de Cardozo, nos Estados Unidos, o qual tem por missão enfrentar a grave questão das condenações de inocentes, atuando a partir da revisão de condenações criminais injustas através do exame de DNA.²⁷ De acordo com o projeto estadunidense, 72% das condenações revistas durante o projeto haviam sido sentenciadas com lastro em prova testemunhal equivocada. Em relação ao tempo que as pessoas inocentes permaneceram encarceradas, os dados apontam a média de 14 anos de prisão, sendo que um terço havia sido condenado à prisão perpétua ou à morte.²⁸

Ainda, nos dados do *Innocence Project*, relativos aos Estados Unidos, destaca-se que em um terço dos casos o índice de erros com prova testemunhal equivocada partia de relatos corroborados por mais de uma testemunha²⁹, o que

²² LOPES JR., Aury. **O problema da —verdade no processo penal**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 74.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 460.

²⁴ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 159.

²⁵ Ibid., p. 161.

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 416.

²⁷ **INNOCENCE PROJECT**. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 10 mai. 2021.

²⁸ WEST, Emily. METERKO, Vanessa. **Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years**. Alb. L. Rev., v. 79, 2015, p. 732.

²⁹ WEST, loc. cit.

suscita a necessidade de cautela com o tipo probatório. No Brasil, contudo, não há dados sistematizados sobre as condenações revistas, o que dificulta a propagação da gravidade das consequências oriundas dessas práticas errôneas e, conseqüentemente, a tomada de medidas preventivas.

Destarte, outro ponto problemático merece ser suscitado: a supervalorização da prova testemunhal. Consoante dispõe o artigo 203, *caput*, do Código de Processo Penal, a testemunha fará, sob palavra da honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Tal característica idealiza um presuntivismo atinente à prova testemunhal, implicando erroneamente na generalização de atribuição de veracidade ao testemunho tão somente em razão do compromisso realizado.³⁰

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que a prova testemunhal lida com as memórias sobre os fatos passados, e considerando os limites cognitivos de sua reconstrução, evidencia-se a necessidade da interdisciplinaridade para a sua efetiva análise, a partir da intersecção do processo penal com a epistemologia e outras ciências, possibilitando formar uma avaliação crítica sobre a viabilidade da prova apresentada. Assim, faz-se necessário definir parâmetros objetivos para aferir se a prova testemunhal apresentada pode atingir o padrão de suficiência probatória necessária.³¹

De acordo com o que preconiza Marcos Eberhardt³²:

(...) não se olvida do valor que a prova testemunhal tem no deslinde do feito; contudo, devido à fragilidade deste meio de prova por conta do fenômeno das falsas memórias, é preciso que o julgador esteja preparado para identificar e filtrar os depoimentos, sempre os cotejando com os demais elementos probatórios, a fim de evitar erros e injustiças.

Destarte, a cautela com a qualidade da prova testemunhal admitida no processo penal é imprescindível, na medida em que não se deve acolher condenações lastreadas em provas frágeis e inidôneas. Sob esta perspectiva, destaca-se que as provas testemunhais trazidas ao processo através de rumores genéricos ou boatos, consubstanciados nos depoimentos das “testemunhas de ouvir dizer”, podem ser consideradas como insuficientes para sustentar um decreto condenatório, conforme se abordará no tópico a seguir.

4 DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER”

Define-se a figura da testemunha “de ouvir dizer” como a testemunha indireta que nada presenciou, mas que presta depoimento sobre o que ouviu falar do fato delituoso. Também denominada como testemunha auricular e de *auditus*, a espécie testemunhal não está excluída do sistema probatório brasileiro, podendo ser valorada a critério do julgador³³.

³⁰ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. p. 242.

³¹ *Ibid.*, p. 242.

³² EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 166.

³³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 12ª edição. – São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 474-475

Giza-se que o tipo probatório em comento não se confunde com os rumores anônimos, na medida em que dizem respeito a coisas certas e determinadas, por informações de terceiros.³⁴ Além disso, destaca-se que se o panorama entre a realidade dos fatos e a capacidade cognitiva da testemunha ocular com o passar dos tempos já não era tão segura, tal contexto se agrava demasiadamente quando o enfoque é a testemunha “de ouvir dizer”, na medida em que as recordações contaminadas e comprometidas se amplificam, sendo usual que a fonte inicial da informação seja inclusive desconhecida.

O sistema anglo-americano foi o sistema precursor que tratou formalmente dos aspectos probatórios da testemunha “de ouvir dizer” (em inglês, *hearsay witness* ou *hearsay testimony*), constituindo um arcabouço sofisticado sobre o tema através de regras probatórias na Anglo-America Law of Evidence. A legislação norte-americana prevê como ponto característico as regras de exclusão - *Exclusionary Rules* – e, entre elas, há previsão da *Hearsay Rule*, que consiste na proibição do testemunho por ouvir dizer.³⁵

A *Hearsay Rule* encontra previsão no artigo 802 da Federal Rules of Evidence³⁶, e tal proibição se justifica diante da impossibilidade do *cross-examination* - sistema em que as partes realizam perguntas diretamente ao inquirido. A vedação busca evitar a supervalorização do testemunho indireto, sobretudo em razão da sua frágil carga probatória e nos potenciais prejuízos de sua utilização, porquanto acredita-se que os julgadores leigos, no caso do Júri, não estariam capacitados para entender a sua peculiaridade e valorá-la de maneira diferente.³⁷

Ainda, cabe dispor que a previsão de regra de exclusão não se trata de vedação absoluta, porquanto a *Federal Rules of Evidence* prevê algumas exceções à *Hearsay Rule*. No ponto, entre as principais exceções previstas, destaca-se a “*Rule 803*”³⁸ e “*Rule 804*”³⁹, as quais preveem exceção à norma proibitiva quando a fonte original está presente, mas o relato é de boa qualidade, e quando a fonte original se encontra indisponível.

Diante desse contexto, destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro não subsiste qualquer previsão legal da testemunha “por ouvir dizer”, porquanto não há distinção entre as espécies testemunhais diretas e indiretas. Ao contrário, a lei penal brasileira determina que o depoimento testemunhal será admitido sempre que interessar à decisão⁴⁰. Assim sendo, diferentemente das normas

³⁴ FRAGOSO, Heleno. **Prova. Testemunho de Ouvir Dizer. Jurisprudência Criminal**, verbete n. 453.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. A Utilização da Hearsay Witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n.3, janeiro/julho 2015, p. 178.

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. **Rule 802**. Disponível em < <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-802/> > Acesso em 20 de maio de 2021.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. A Utilização da Hearsay Witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n.3, janeiro/julho 2015, p. 185.

³⁸ ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. **Rule 803**. Disponível em < <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-803/> > Acesso em 20 de maio de 2021.

³⁹ ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. **Rule 804**. Disponível em < <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-804/> > Acesso em 20 de maio de 2021.

⁴⁰ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Hearsay Tropicalizado: a Dita Prova por Ouvir Dizer. **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 2017, ano 3, n. 6., p. 256.

proibitivas dos sistemas da *commow law*, o testemunho “por ouvir dizer” é, via de regra, admissível como meio probatório no Brasil.

Não obstante, apesar da licitude dessa espécie de prova, a doutrina diverge sobre a questão da sua admissibilidade. Por um lado, há a vertente que defende que o testemunho “por ouvir dizer” pode ser aceito com as devidas restrições; por outro, alguns processualistas questionam integralmente a sua admissibilidade.

Na concepção de Aury Lopes Jr., a utilização da prova testemunhal indireta, apesar de lícita, deve ser evitada. O processualista aduz que essa espécie de prova deveria ser considerada imprestável em termos de valoração, considerando a sua fragilidade e pouca credibilidade, sustentando ainda que a sua utilização pode representar uma violação ao contraditório em razão da impossibilidade de confrontação judicial e do seu alto grau de manipulação.⁴¹

No ponto, Malan explica que o depoimento indireto prejudica sobremaneira o direito ao confronto, na medida em que⁴²:

(i) a declaração original com frequência é prestada sem qualquer solenidade ou formalidade, em especial o juramento de dizer a verdade; (ii) o declarante original não pode ser submetido ao exame cruzado da parte processual prejudicada pelo teor da declaração; (iii) o juiz e os jurados não podem observar o comportamento do declarante original no momento em que prestou as declarações.

Gustavo Badaró, por sua vez, sustenta que a prova testemunhal indireta é uma prova meramente acessória. Para o processualista, a testemunha indireta não é passível de contraditório e, portanto, não deve ser válida para a formação do convencimento do julgador.⁴³

Nas lições de Hélio Tornaghi, merece ser considerada como testemunha somente a pessoa que presenciou o fato relatado, porquanto o relato indireto apresenta inúmeros inconvenientes, como a falta de imediata percepção do ocorrido.⁴⁴ Ademais, o autor assevera que “se deve é exigir da testemunha indireta a indicação das fontes de sua ciência”, concluindo que a testemunha que não indica a fonte originária não deveria ter o seu depoimento valorado.⁴⁵

Do ponto de vista de Décio Alonso Gomes, a valoração do testemunho “de ouvir dizer” compromete o efetivo exercício do contraditório. O autor defende que a prova testemunhal indireta deve ser excluída do rol de meios de prova legítimos e válidos, diante da falta de percepção direta da pessoa quanto ao fato a ser provado, bem como da falta de impressão precisa quanto ao fato e quanto

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Consultor Jurídico. 30 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

⁴² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2009, p. 54 e ss.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 458.

⁴⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 400-401.

⁴⁵ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 189.

à capacidade da testemunha descrever de forma precisa a sua impressão e sinceridade.⁴⁶

Alexandre Morais da Rosa também critica a utilização da testemunha indireta como meio hábil de prova no processo penal brasileiro. Para o autor, o depoimento “por ouvir dizer” decorre de afirmações não embasadas em percepções próprias, de modo que enseja a facilitação da inserção de boatos e falsas informações, motivo pelo qual tais meios probatórios devem ser considerados inaptos.⁴⁷

Por outro lado, na concepção de Fragoso, o testemunho “por ouvir dizer” não deve ser afastando, devendo ser condicionado ao arbítrio do julgador que o analisará, em consonância com as limitações que a espécie de prova oferece, apesar de reconhecer que se trata de prova precária, na qual não se observam as garantias legais de um relato fidedigno.⁴⁸ Do mesmo modo, Guilherme Nucci aduz que o depoimento “por ouvir dizer” consiste em uma prova testemunhal válida, cabendo ao magistrado conferir o seu valor probatório, sendo relevante buscar a fonte originária do relato.⁴⁹

Nesse sentido, evidencia-se a existência de diferentes entendimentos doutrinários a respeito da problemática de valoração dos testemunhos “por ouvir dizer” como meio de prova no processo penal brasileiro. Divide-se tais entendimentos entre aqueles que consideram inadmissível o seu uso; entre aqueles que defendem a sua aceitação com algumas ressalvas; e os que julgam importante a indicação da fonte originária do relato.

Assim sendo, o testemunho “de ouvir dizer” se caracteriza pela sua cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informações, em razão de a testemunha não ter percebido diretamente os fatos. Pode-se dizer que as suas afirmações se tornam flutuantes e superficiais no processo, na medida em que resta subtraída a possibilidade de contraditório pleno.

Nesse íterim, observa-se que a prova testemunhal indireta contém acentuadas limitações, porquanto a informação é repassada por terceira pessoa, de modo que não é possível aferir as condições originárias dos fatos. Logo, resta frustrada a análise da credibilidade da testemunha, mormente porque não costuma se identificar a testemunha originária, de modo que o depoimento indireto pode decorrer de boatos infundados por pessoas com interesse na causa.⁵⁰

Desse modo, é possível aferir que o testemunho “por ouvir dizer” viola os princípios mais importantes do processo penal, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, porque impede o confronto judicial das declarações prestadas.⁵¹ No ponto, considera-se essa espécie de prova como frágil e pouco

⁴⁶ GOMES, Décio Alonso. **A Prova Testemunhal sob a Ótica da Imediação Processual Penal**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 90-106, Janeiro/Abril 2017, p. 96.

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.785.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno. Prova. **Testemunho de Ouvir Dizer. Jurisprudência Criminal**, verbete n. 453. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 449.

⁵⁰ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. p. 228.

⁵¹ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**.

confiável, diante da impossibilidade de refutar, com eficácia, as informações prestadas pela testemunha quando esta não indica a “fonte direta da informação trazida em juízo”.⁵²

Não obstante as suas características, que colocam em perspectiva os potenciais prejuízos de sua utilização e a necessidade de se prezar pela qualidade da prova admitida no processo penal, a utilização do testemunho “por ouvir dizer” tem sido frequente e de maneira banalizada na práxis forense, porquanto não há qualquer critério previamente definido para a valoração da prova no processo penal brasileiro, ficando ao arbítrio do julgador.

Como exemplo da sua banalização, Gustavo Badaró e Antonio Magalhães registram que tem se admitido, até mesmo, que o policial responsável pela prisão em flagrante de uma pessoa figure como testemunha indireta, relatando o que o preso teria dito, ainda que ele tenha se valido do direito constitucional de permanecer calado.⁵³ Tais questões nos remetem à reflexão sobre qual seria a função dessa espécie probatória no ordenamento jurídico pátrio, sendo sustentado por grande parte da doutrina que o testemunho “por ouvir dizer” deve servir, precipuamente, na fase de investigação preliminar, a fim de subsidiar a busca por outras fontes de prova mais confiáveis.⁵⁴

Nesse sentido, sustenta-se que o *hearsay testimony* deve ser admitido como evidência indireta, capaz de subsidiar investigações, não gozando de valor no processo penal quando não corroborado por nenhum outro meio de prova.⁵⁵ Tal entendimento vem sendo utilizado na jurisprudência, fundamentado na frágil carga probatória dessa espécie de prova, conforme se examinará no capítulo a seguir.

5 DO TESTEMUNHO “DE OUVIR DIZER” NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

No contexto internacional, examina-se a aplicação do testemunho “por ouvir dizer” no Tribunal Penal Internacional, órgão oriundo do Estatuto de Roma, cuja atribuição é julgar os delitos mais graves no contexto penal internacional, consistentes em genocídio, crimes contra a humanidade, delitos de guerra e de agressão.⁵⁶ No ponto, destaca-se que não há, no regime normativo da Corte

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. p. 229.

⁵² TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 461.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique; FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Provas e Sucedâneos de Prova no Processo Penal Brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 65/2007. Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 3. p. 6.

⁵⁴ BEX, Floris J. **Arguments, Stories and Criminal Evidence**. A Formal Hybrid Theory. Springer. Law and Philosophy Library 92, UK, 2011, p. 15.

⁵⁵ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2019. p. 229.

⁵⁶ **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em < <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional> > Acesso em 22 de maio de 2021.

Penal Internacional, qualquer vedação à prova testemunhal indireta, sendo a questão debatida na jurisprudência e na doutrina.⁵⁷

Com efeito, nos julgados da Corte Penal Internacional, prevalece o posicionamento de que o *hearsay testimony* pode ser admitido, devendo ter, contudo, valor probatório menor do que o testemunho direto.⁵⁸ Outrossim, em que pese a sua admissão, o Tribunal Penal Internacional estabelece que o testemunho “por ouvir dizer” não pode ser valorado como única prova a justificar a condenação.⁵⁹

Nesse sentido, cabe mencionar o caso *Callixte Mbarushimana*, no qual a Câmara de Pré-Julgamento da Corte Penal Internacional não admitiu a acusação da prática de um estupro em Manje (República Democrática do Congo) por haver apenas informações baseadas em depoimentos “por ouvir dizer”. No ponto, a Câmara considerou os elementos contidos nos autos como insuficientes para admitir a acusação, porquanto baseados em *hearsay*, cujo valor probatório é menor do que as outras provas.⁶⁰

Na mesma linha, na esfera do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a recente decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Inquérito 4.244 do Distrito Federal, instaurado para apurar os supostos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro praticados pelo parlamentar Aécio Neves da Cunha. No caso dos autos, constatou-se a ausência de lastro probatório mínimo capaz de justificar a manutenção da investigação, uma vez que o inquérito estava consubstanciado apenas em depoimentos “por ouvir dizer, que foram prestados por colaboradores, não havendo elementos externos que corroborassem a hipótese investigativa delineada, determinando-se o arquivamento da investigação preliminar.⁶¹

Conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, a decisão mencionada se situa no contexto das recentes alterações do artigo 3º-C, §3º da Lei 12.850/13 introduzidas na Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), as quais “vedaram expressamente a delação de fatos que não tenham contado com a participação direta do delator”. Sobre o caso, Aury Lopes Jr. se manifestou no sentido de que “a decisão proferida no Inq 4244 é um standard de legalidade importante, que deve ser replicada nas demais investigações do país, pois o ‘hearsay’ precisa ser vedado como prova no processo penal.”⁶²

Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se a decisão proferida pela Quinta Turma, no julgamento do Habeas Corpus nº 397.485 - RJ (2017/0094023-4), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Na

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. A Utilização da Hearsay Witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n. 3, janeiro/julho 2015. p. 177.

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. A Utilização da Hearsay Witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n. 3, janeiro/julho 2015. p. 177.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 188.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.244**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Investigado: Aécio Neves da Cunha. Data de julgamento: 19/03/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345977000&ext=.pdf>. Acesso em 10 jun. 2021.

⁶² LOPES JR., Aury. Jurídico. 12 mai. 2021. Valor probatório da palavra do delator: delação por ouvir dizer? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-12/delacao-ouvir-dizer>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

hipótese dos autos, o Relator destacou que a prova produzida por testemunha “de ouvir dizer” não pode ser considerada imprestável, porquanto é possível, a partir dela, se chegar na testemunha referida e confirmar os fatos narrados. Asseverou, contudo, que não se pode admitir relatos sem a indicação da fonte originária.⁶³

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça tem fixado uma *ratio decidendi* importante em relação aos testemunhos “por ouvir dizer” no âmbito da pronúncia no procedimento do Júri. A exemplo do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 644971/RS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, inadmitte-se a pronúncia consubstanciada apenas em depoimentos indiretos, em razão da sua precariedade.⁶⁴

Por outro lado, impende mencionar o teor da decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.387.883 – MG (2013/0195170-0), no qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consignou que não há qualquer ilegalidade na prova testemunhal indireta, sendo esta suficiente para proferir sentença condenatória, porquanto admitida na legislação vigente, e ficando a critério judicial a sua valoração. Ressalta-se que o caso em comento se tratava de um estupro, no qual a vítima teria confirmado a autoria do fato somente em sede policial, havendo duas testemunhas que “ouviram dizer” da própria ofendida que ela teria sido estuprada pelo acusado. Nesse contexto fático, corroborado pelas demais provas dos autos – como o exame de corpo de delito – a Quinta Turma considerou demonstrada a autoria delitiva.⁶⁵

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é pacífico o entendimento de que os relatos indiretos e “por ouvir dizer” não se constituem elementos suficientes para garantir a viabilidade acusatória, bem como para proferir sentença de pronúncia no rito do Tribunal do Júri. Nesse sentido, pontua-se a decisão proferida pela 3ª Câmara Criminal, no julgamento do recurso em sentido estrito nº 70083979435, que julgou ser inadmissível a imputação acusatória tão somente baseada em cognições extraídas de “ouvir dizer”, em razão da sua fragilidade probatória.⁶⁶

Nesse sentido, observa-se a partir da análise jurisprudencial que os depoimentos “por ouvir dizer”, apesar de serem admitidos como prova lícita no ordenamento jurídico pátrio, estão sendo evitados. Apesar de admitida, a prova testemunhal indireta está sendo valorada de maneira inferior e sofrendo limitações nas decisões proferidas pelos Tribunais, consubstanciadas na sua pouca credibilidade e nos potenciais prejuízos de sua utilização.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 397.485**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento 08 de agosto de 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457773938/habeas-corpus-hc-397485-rj-2017-0094023-4?ref=serp>. Acesso em: 10 jun. 2021.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 644971/RS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 23 de março de 2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680586/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-644971-rs-2021-0041465-1/inteiro-teor-1205680603>>. Acesso em 10 de junho de 2021.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.883**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Julgamento 19 de outubro de 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442932282/recurso-especial-resp-1387883-mg-2013-0195170-0/decisao-monocratica-442932292?ref=juris-tabs> > Acesso em 10 de junho de 2021.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito nº 70083979435**. Relator Des. Rinez da Trindade. Data de Julgamento 28 de maio de 2021. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 10 de junho de 2021.

Destarte, verifica-se que, além de receber valor probatório menor do que a prova testemunhal direta, a jurisprudência tem assentado que o testemunho “por ouvir dizer” não pode ser valorado como única prova a justificar a condenação, bem como que não se pode admitir relatos sem a indicação da fonte originária. No entanto, a julgar pela grande quantidade de decisões colegiadas modificando decisões *a quo*, evidente pois que a utilização da prova testemunhal indireta ainda tem sido frequente e de maneira banalizada na práxis forense.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epistemologia jurídica propugna um caminho viável para estabelecer as relações do direito probatório através da definição de critérios minimamente objetivos de valoração da prova, ante o reconhecimento da existência de limitações à cognição humana. Sob pena de emergir-se em um cenário de decisões intuitivas e sem critérios, busca-se um correto juízo de fato e de interpretação das normas jurídicas, o que se dá mediante o bom exercício de atividades epistêmicas e hermenêuticas, desenvolvidas sob a égide do devido processo legal.

Não obstante, não há na legislação penal brasileira uma clareza de valoração probatória a ser adotada, inexistindo critérios que indiquem quando se considera suficientemente provada uma hipótese fática, contexto que ocasiona a vulnerabilidade das decisões e maximiza os riscos de condenações injustas. Tal cenário de agrava diante da utilização da prova testemunhal como principal meio de prova na seara criminal, conduzindo-se a um cenário de arbitrariedade preocupante.

No ponto, sobre a prova testemunhal recaem as maiores preocupações acerca da sua confiabilidade e valoração, na medida em que se trata de prova dependente da memória humana, o que evidencia a sua maleabilidade. Neste cenário de provas testemunhais como o principal meio indiciário na *práxis* forense criminal, situam-se os possíveis erros judiciais e as falsas condenações.

Através dos dados fornecidos pelo *Innocence Project*, constatou-se que 72% das condenações revistas durante o projeto haviam sido sentenciadas com lastro em prova testemunhal equivocada, o que evidencia a necessidade e importância do tema quanto a viabilidade e valoração da prova penal apresentada. Nesse sentido, a cautela com a qualidade da prova testemunhal admitida no processo penal é imprescindível, na medida em que não se deve acolher condenações lastreadas em provas frágeis e inidôneas, contexto em que se situam os depoimentos das testemunhas “de ouvir dizer”, ponto nevrálgico do estudo realizado.

Concluiu-se, através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que o testemunho “por ouvir dizer” ou “*hearsay testimony*”, apesar de lícito e admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido questionado e evitado nas decisões, dada a sua pouca credibilidade. Nessa espécie de prova, a informação é repassada por terceira pessoa em contexto desconhecido, não podendo-se aferir como foram as reais condições do fato narrado, o que limita a sua eficácia probatória.

Conforme analisado, o uso da prova testemunhal indireta, não corroborada por nenhum outro meio de prova, viola os princípios do contraditório

e da ampla defesa, porquanto impede o confronto judicial das declarações prestadas, sobretudo porque não são indicados, na maioria das vezes, a fonte originária da informação trazida em juízo. Por esse motivo, constatou-se a preferência em utilizar os depoimentos “por ouvir dizer” excepcionalmente na fase de investigação preliminar, para subsidiar a coleta de outros meios probatórios.

Destarte, através da análise jurisprudencial sobre o tema, conclui-se que o depoimento “por ouvir dizer”, via de regra, é admissível nas circunstâncias em que é corroborado por outros meios de prova, posto que não tem suficiência para, por si só, fundamentar um édito condenatório. Outrossim, depreende-se que, apesar de não haver parâmetros de valoração e *standards* probatórios consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, têm-se agregado valor jurídico inferior à prova testemunhal indireta, havendo distinções de tratamento e restrições em sua utilização.

Assim sendo, infere-se a necessidade de maior cautela com a qualidade da prova testemunhal admitida no processo penal, sobretudo no que tange à sua valoração e atribuição de eficácia jurídica, o que se relaciona diretamente com a justificação racional da decisão judicial. Considerando-se os potenciais prejuízos da utilização de depoimentos “por ouvir dizer”, evidencia-se a necessidade de seu exame com o conjunto fático probatório total e outras provas robustas para a sua adequada valoração.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel da Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. **TEMPO, MEMÓRIA E DIREITO NO SÉCULO XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal.** Disponível em: https://www.academia.edu/2999123/Tempo_Mem%C3%B3ria_e_Direito_no_S%C3%A9culo_XXI_o_del%C3%ADrio_da_busca_da_verdade_real_no_processo_penal. Acesso em: 20 mai. 2021.

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, pp. 43-80, jan./abr, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A Utilização da Hearsay Witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, n.3, janeiro/julho 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Provas e Sucedâneos de Prova no Processo Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 65/2007.

BALTAZAR JR., José Paulo. **Standards probatórios no processo penal.** Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BEX, Floris J. Arguments, Stories and Criminal Evidence. A Formal Hybrid Theory. Springer. **Law and Philosophy Library 92**, UK, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 644971/RS**. Rel; Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 23 de março de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680586/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-644971-rs-2021-0041465-1/inteiro-teor-1205680603>. Acesso em: 10 jun. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC397.485**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data de Julgamento 08 de agosto de 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457773938/habeas-corpus-hc-397485-rj-2017-0094023-4?ref=serp>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.387.883**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Julgamento 19 de outubro de 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442932282/recurso-especial-resp-1387883-mg-2013-0195170-0/decisao-monocratica-442932292?ref=juris-tabs>. Acesso em 10 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.244**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Investigado: Aécio Neves da Cunha. Data de julgamento: 19/03/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345977000&ext=.pd>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Hearsay Tropicalizado: a Dita Prova por Ouvir Dizer. **Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, 2017.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ESTADOS UNIDOS. **Federal Rules of Evidence. Rule 802**. Disponível em: <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-802/>. Acesso em: 20 mai. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. **Rule 803**. Disponível em: <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-803/>. Acesso em: 20 mai. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence. **Rule 804**. Disponível em: <https://www.rulesofevidence.org/article-viii/rule-804/>. Acesso em 20 mai. 2021.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno. Prova. **Testemunho de Ouvir Dizer**. Jurisprudência Criminal, verbete n. 453. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho. bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GOMES, Décio Alonso. A Prova Testemunhal sob a Ótica da Imediação Processual Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 90-106, Janeiro/Abril 2017.

HAACK, Susan. **Evidence and Inquiry**: a pragmatist reconstruction of epistemology. New: Prometheus Books, 2009.

INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 10 mai. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. O problema da — verdade no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada. **Consultor Jurídico**. 30 out. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2>. Acesso em: 17 mai. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. Valor probatório da palavra do delator: delação por ouvir dizer? **Consultor Jurídico**. 12 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-12/delacao-ouvir-dizer>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em sentido estrito nº 70083979435**. Rel. Des. Rinez da Trindade. Julgado em: 28/05/2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 10 de junho de 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRASIL. Tribunal Penal Internacional. **Antigo Itamaraty**, s.d. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>: Acesso em: 22 mai. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. 2018. ISS 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30012>. Acesso em: 10 mai. 2021. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 10 mai. 2021.

WEST, Emily. METERKO, Vanessa. **Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years**. **Alb. L. Rev.**, v. 79, 2015.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br