

Título: A prova de *hearsay* (ouvir dizer) no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Nome do Autor: Ythalo Frota Loureiro. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. Introdução

Em voga nos entendimentos judiciais mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem apresentado a tese de que a prova de *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) não pode constituir indício suficiente para pronúncia do acusado, na forma do art. 413 do Código de Processo Penal (CPP). Em outros termos, para o STJ, no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o juiz não pode levar em consideração as informações prestadas por *testemunha indireta*, porque a testemunha deve depor sobre o que sabe diretamente e não por informações de terceiros, em especial, quando estes não são identificados. Em suma, o testemunho indireto deveria possuir grau zero na atribuição de sentido.

Assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.373.356-BA:

HOMICÍDIO QUALIFICADO. ELEMENTO INFORMATIVO COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL. TESTEMUNHO POR OUVIR DIZER. FUNDAMENTO EXCLUSIVO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. INVIABILIDADE. O ponto nodal da discussão cinge-se à possibilidade de a pronúncia ser fundamentada exclusivamente em elemento informativo colhido na fase inquisitorial da persecução penal. Com efeito, é cediço que, muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em prova colhida na fase inquisitorial, mormente quando essa prova se encontra isolada nos autos. É verdade que alguns julgados proferidos pela Quinta e Sexta Turmas deste Superior Tribunal, denotam a orientação de que, muito embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à decisão de pronúncia (v.g. HC n. 314.454-SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T; DJe 17/2/2017; AgRg no REsp 1.582.122-RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T, DJe 13/6/2016). Entretanto, essa orientação não se aplica à hipótese em que testemunhos produzidos na fase judicial não apontem os acusados como autores do delito e os depoimentos colhidos na fase inquisitorial sejam “relatos baseados em testemunho por ouvir dizer”. 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 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.” (Hélio Tornaghi). A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo. Assim, a submissão do réu a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual haja sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes. (REsp 1.373.356-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017)

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) tem adotado o mesmo entendimento do STJ, expressando a justificação de forma mais contextualizada desde a *ementa*. Por exemplo, no Processo nº 0001146-15.2015.8.06.0000 (Recurso em Sentido Estrito / Homicídio Qualificado Relator(a): LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES; Comarca: Aquiraz; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 19/02/2016; Data de registro: 22/02/2016), o TJCE afirmou que, no caso concreto:

[...] a pronúncia se valeu de mera presunção e suposições sobre a autoria, posto que a responsabilização feita aos pronunciados se baseia em presunções construídas a partir de boatos e ‘disse que me disse’ que invadiu a narrativa das pessoas da comunidade, porém ficaram pendentes de amparo probatório material, de indícios outros que solidificassem a tese acusatória. [...] Os depoimentos colhidos durante a instrução criminal, bem como as declarações prestadas em sede de Inquérito Policial, não oferecem indícios capazes de alicerçar a pronúncia dos recorrentes, uma vez que se estampam frágeis, incongruentes e inconsistentes. [...] (TJCE, Processo nº 0001146-15.2015.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, julgado em 19/02/2016)

Da mesma forma, no Processo nº 0001312-47.2015.8.06.0000 (Recurso em Sentido Estrito. Relator(a): RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS, 3ª Câmara Criminal, julgado em 01/11/2016, DJe de 07/11/2016, pág. 154), o TJCE afirmou que

[...] A versão dos fatos narrada na peça acusatória baseou-se tão somente na declaração de testemunhas, que assim o souberam por ouvir dizer, em razão de mensagens anônimas, no entanto não há nos autos qualquer indício de prova apontando o recorrente como autor do delito imputado, não se afigurando possível o juízo de pronúncia. [...] (TJCE, Processo nº 0001312-47.2015.8.06.0000, 3ª Câmara Criminal, julgado em 01/11/2016)

O entendimento do STJ, aparentemente acolhido pelo TJCE, vem gerando debates intensos entre os operadores do direito. Não são raras as ocasiões em que a defesa do acusado, afirmam aos jurados que determinado processo sequer deveria ser submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri porque a acusação se baseia em testemunhas de “ouvir dizer” (ainda que a afirmação não passe de um estratagema relativista e reducionista, próprio do processo argumentativo). Na verdade, pouco se sabe como, de fato, deve ser interpretado o entendimento do STJ que rechaça a prova indireta.

Isto porque não há norma jurídica que torne a prova de *hearsay* ilegal, tal como seriam as informações oriundas de perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (art. 212, *caput* do CPP). Existe apenas recomendação de alguns, como Lopes Júnior (2015), de que “Testemunho 'hearsay' não é prova ilícita, mas deve ser evitada”. Também não existe norma jurídica que impeça a utilização de prova de *hearsay* e a recomendação de que a mesma seja evitada é tão enigmática quanto inútil. Isto porque é possível sustentar que a prova de “ouvir dizer”, por muitas vezes, é a única que se apresenta dentro da realidade processual possível, obtida por esforços razoáveis, e não deixa de ter garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade sobre fatos relevantes. Ademais, se o que serve para acusação, também serve para defesa, a prova indireta produzida em favor do acusado não poderia servir para formação do convencimento, fragilizando a plenitude de defesa.

O presente trabalho visa demonstrar como deve ser interpretada a orientação do STJ e até que ponto pode influenciar na decisão dos juízes e no trabalho da polícia e do Ministério Público.

II. Premissas necessárias

Os crimes de homicídio são sempre infames, alguns são perversos e monstruosos. Como sentenciou Hungria (1953, p. 25), “O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. [...] É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.” Não é sem razão que Hart (2009, p. 251) defende que a proibição do uso da violência que causa a morte está entre as primeiras exigências comuns do direito e da moral. Assim, não há possibilidade de vida social ou de convivência sem a

proibição moral e jurídica do homicídio e da consequente punição daqueles que violam o preceito básico “não matarás”.

Os atuais ordenamentos jurídicos estão estritamente ligados ao surgimento do Estado moderno, que, segundo Bobbio (2014, p. p. 33), promoveu a *monopolização da produção jurídica*, eliminando outros ordenamentos jurídicos, inclusive aqueles que estabeleciam vinganças privadas. Deste modo, cabe ao Estado a tarefa de punir aqueles que violam o direito, através do *devido processo legal adjetivo*, como garantia a proibição de excessos estatais que, por sua vez, não pode gerar uma *proteção deficiente* a direitos e deveres.

Em Dworkin (2014, p. 291), o direito como integridade se apresenta como um “conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo”. A integridade da concepção de *devido processo legal adjetivo*, em Dworkin (2014, p. 203), exige que “[...] sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.” Assim, há razões bem fundamentas para acreditar que aquele que “aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.” (DWORKIN, 2014, p. 305)

Em outros termos, como pensa Dworkin (2014, p. 488), se o “direito é um conceito interpretativo”, no qual há uma única resposta correta para cada caso, sendo injustificável a necessidade de um juiz decidir discricionariamente (como assim interpreta Streck, 2016, p. 134), existem fortes razões para entender que cabe ao juiz decidir de forma a garantir que a interpretação deve ser justa, equitativa e obediente aos procedimentos previamente devidos pelo poder legislativo e fielmente executados pelo judiciário, dentro de uma interpretação razoável, de modo que, no caso do homicídio, o pilar básico da convivência social não seja fragilizado.

Neste sentido, como quem ressaltou Streck (2016, p. 94), o “juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo com regras próprias, mas sim, o jogo da discricionariedade do juiz.” Nesta quadra, o juiz não pode promover *grau zero* na atribuição de sentidos. As regras básicas do CPP quanto a valoração da prova testemunha indica que não há como atribuir *grau zero* à prova testemunha indireta. Determina o art. 202, do CPP, qualquer pessoa pode ser testemunha, com as exceções previstas nos arts. 206 (parentes próximos do acusado) e 207 (pessoas obrigadas a guardar segredo), e com as limitações do art. 208 (dispensa de compromisso de dizer a verdade aos doentes, deficientes mentais e menores de 14 anos), do CPP. Como já visto, dita o art. 212, *caput*, do CPP, as testemunhas serão diretamente inquiridas pelas partes (em *cross-examination*), “não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” O art. 213, do CPP, veda que “a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Não há regra jurídica no capítulo dedicado às testemunhas que impeça a valoração do testemunho indireto.

Portanto, não é verdade que a testemunha somente pode declarar sobre o que sabe *per proprium sensum*, mas, como determina o art. 203, do CPP, a testemunha deve cumprir “[...] a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado [...]”, incluindo-se informações obtidas direta ou indiretamente. Ensina Bobbio (2014, p. 132-133) que “[...] na esfera da regulamentação da autonomia privada vale o postulado de que tudo é permitido exceto o que é proibido, enquanto na esfera da regulamentação dos órgãos públicos vale o postulado oposto, tudo é proibido exceto o que é expressamente permitido.” A meu ver, o entendimento do STJ que atribui grau zero ao testemunho indireto viola este postulado, ou melhor, o princípio constitucional da legalidade estrita que impede que agente público inove na interpretação da lei ao ponto de incluir proibições não previstas expressamente na lei processual penal. Seria como se à expressão legal “dizer a verdade do que souber” fosse acrescentada a palavra “diretamente”, para satisfazer um sistema de valores, uma política judiciária e não, propriamente, um argumento de princípios.

III. O argumento de violação de contraditório e o *hearsay rule* no direito anglo-americano

Como se sabe, determina o art. 413, do Código de Processo Penal (CPP) que “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” Esta regra deve ser combinada com o que dispõe o art. 155, do CPP: “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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Daí se deduz o argumento mais forma em favor da imprestabilidade do testemunho indireto: a ausência de possibilidade de contraditório quando a fonte da informação não é identificada. Ainda assim, é preciso contextualizar as circunstâncias de caso a caso para que se concluir se o testemunho indireto é, de fato, imprestável.

No relatório do REsp 1.373.356-BA, fica esclarecido que “os únicos testemunhos judiciais produzidos não apontam os recorrentes como autores do delito.” (STJ, REsp 1.373.356-BA, *relatório*, p. 7) Na verdade, o Tribunal estadual destacou que “mesmo os depoimentos produzidos na fase inquisitorial são ‘relatos baseados em testemunho por ouvir dizer, [...] que não amparam a autoria para efeito de pronunciar os denunciados’ (STJ, REsp 1.373.356-BA, *relatório*, p. 7). Em outro termos, o tribunal considerou que os elementos de prova do inquérito policial não eram suficientes para a sustentar a acusação, pois era baseada em “relatos por ouvir dizer”.

Por sua vez, no voto, o relator Ministro Rogério Schietti Cruz explicou que o testemunho indireto é prova pouco confiável porque impossibilita o acusado refutar, com eficácia, as informações prestadas pela testemunha, quando esta não indica “a fonte direta da informação trazida em juízo”. Citando Tornaghi (1959, p. 461) e Manzini (1932, p. 189), e argumentando que o Estado Democrático de Direito não pode admitir “ausência de qualidade probatória no contraditório”, o STJ tem atribuído valor zero à prova testemunha de “ouvir dizer”.

Mas qual será a consequência mais imediata desta tese? A princípio, quaisquer relatos indiretos não teriam valor probatório, inclusive os produzidos por órgãos oficiais. Como afirmam Vale e Santos (2017, p. 154):

[...] a abolição da regra do “ouvir dizer” teria como consequência tornar inadmissível em matéria de prova, uma grande variedade de escritos: relatórios policiais, registros médicos e hospitalares, livros comerciais, transcrições estenográficas de audiências, atas, declarações escritas das partes ou de terceiros (inclusive técnicos, etc.)” (VALE e SANTOS, 2017, p. 154)

É bem verdade que no direito norte-americano vale a regra que a prova de ouvir dizer não é admissível. Como destacam Vale e Santos (2017, p. 155), “No direito americano vale (...) o princípio *hearsay is no evidence*.” Contudo, deve-se ressaltar que, a regra é própria do direito anglo-americano. No direito dos países continentais da Europa e na América Latina, cujo sistema probatório é o do *civil law*, não há regra *contraepistêmica* que proíba o depoimento indireto.

A “importação” de regras probatórias de países do *common law* não é novidade no Brasil, contudo, é preciso ressaltar que os contextos jurídico, político e social de outros países são diferentes, de modo que, da aplicação de preceitos jurídicos originalmente estrangeiros, não se pode esperar os mesmos resultados. Como por exemplo, a regra de *cross-examination*, originária do sistema anglo-americano, adotada na reforma processual brasileira do ano de 2008 (art. 212, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008), não afastou a prerrogativa do juiz em complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, do CPP). Por sua vez, no direito anglo-americano, em regra, o juiz assume o papel semelhante a um árbitro na disputa entre as partes, pois o objetivo da inquirição cruzada não é propriamente a extração da verdade, mas a imposição da versão defendida pela parte, destruindo ou massacrando a testemunha adversária. Este método de resolução de conflitos, normalmente denominado de *adversary system*, é próprio da cultura norte-americana, baseada na “*sporting theory of justice*: como em uma competição esportiva, é o confronto entre os competidores que determina o êxito da partida, estabelecendo quem é o vencedor”. (TARUFFO, 2016, p. 132)

Da outra forma, faz-se necessário evidenciar como se dá a proibição do *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) na prática judiciária anglo-americano para descobrir como seria aplicável no direito brasileiro, seja a nível legislativo ou judiciário, invés de basear todo o conjunto da ideia em uma doutrina tão antiga como os escritos de Tornaghi (1959) e Manzini (1932).

No direito norte-americano, a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América assegura que o acusado terá direito de ser “[...] de ser informado da natureza e da causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas da acusação; de fazer citar por todas as vias legais testemunhas a seu favor, e de ter assistência de um advogado para sua defesa.” (Lourenço, 2017) O direito de confrontar as testemunhas de

acusação é próprio do princípio ao contraditório, portanto, em regra, não se admitem testemunhos indiretos. E se tratando de um País, cuja prática judiciária se assemelha a uma *competição esportiva*, em que o juiz mantém uma posição de passividade idêntica a um árbitro, é muito natural que haja uma regra severa contra provas indiretas.

Nas *Federal Rules of Evidence* (Regras Federais de Evidências) do direito norte-americano, o conceito de *hearsay* não se restringe a testemunhos, mas também à “[...] afirmação oral de uma pessoa, afirmação escrita ou conduta não-verbal, se a pessoa a pretendeu como uma afirmação [...]” (*Rule 801*, tradução nossa). É preciso deixar claro que, o direito norte-americano admite uma lista extensa de exceções nas denominadas *Rules 803, 804 e 807* do *Article VIII*, das *Federal Rules of Evidence*.

Na *Rule 803* estão dispostas as exceções relacionadas às declarações realizadas em documentos. Entre as quais destacam-se: a) escritos médicos com indicação de diagnóstico ou de tratamento médico; b) gravações cujo conteúdo a testemunha uma vez soube, mas agora não pode recordar bem o suficiente para testemunhas de forma completa e precisa; c) o registro escrito de um ato, evento, condição ou diagnóstico transmitido por alguém com conhecimento.

Por sua vez, a *Rule 804* é ligada especificamente à *hearsay* da maneira que entende o STJ (testemunha de “ouvir dizer”). Dispõe a *Rule 804* especificamente sobre o denominado “declarante indisponível” (tradução nossa), afirmando que são exceções à regra de *hearsay* quando o declarante: a) é isento de depor sobre o assunto da declaração por determinação judicial; b) recusa-se a depor sobre o assunto, apesar de uma ordem judicial o obrigando a depor; c) atesta não recordar o assunto; d) não pode estar presente ou testemunhar no julgamento ou audiência por causa da morte ou uma enfermidade então existente, doença física, ou doença mental; e) está ausente do julgamento ou oitiva e a parte não foi capaz, por processo ou outros meios razoáveis, de apresentar a testemunha.

Por fim, a *Rule 807* dispõe sobre regras residuais, estabelecendo que:

[...] sob as seguintes circunstâncias, uma declaração de *hearsay* não é excluída pela regra contra *hearsay*, mesmo que a declaração não é especificamente coberta por uma exceção de *hearsay* na regra 803 ou 804:

- (1) a declaração tem garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade;
- (2) é oferecida como prova de um fato relevante;
- (3) é mais probatório sobre o ponto para o qual é oferecido do que qualquer outra evidência que o proponente pode obter através de esforços razoáveis; e
- (4) admitindo que será melhor servir os propósitos dessas regras e os interesses da justiça. [...] (tradução nossa)

Ainda é previsto na *Rule 807* que “A declaração só é admissível se, antes do julgamento ou oitiva, o proponente der um aviso razoável a parte adversária da intenção de oferecer a declaração e as suas indicações, incluindo o nome e o endereço do declarante, de modo a que a parte tenha uma oportunidade justa de o conhecer.” (tradução nossa) Assim, assegura-se o exercício do contraditório.

Por sua vez, ao comentarem sobre a proibição de testemunhas de referências ou *Hearsay Rule*, no direito inglês, Vale e Santos (2017) destacam que:

Algumas exceções se admitem para este tipo de prova na Inglaterra: a) admissão ou confissão dos fatos pelo imputado, desde que não lhe sejam prejudiciais (art.º 10, *Criminal Justice act*, 1967); b) documentos ou certificados emitidos por funcionários no exercício do seu cargo, e que constam determinados direitos como nascimento, estado civil, profissão, etc.; c) a confissão do imputado sobre o fato delituoso prestado na fase de instrução do processo, desde que plenamente voluntária (art.º 76, *Police and Criminal Evidence act* 1984); d) nos delitos contra a vida, a manifestação da vítima, antes de morrer; e) as declarações escritas efetuadas no cumprimento de um dever por pessoas já falecidas; f) a manifestação espontânea de pessoas que se viram envolvidas no fato delituoso, mas que estão

impossibilitadas de prestar depoimento (doença, invalidez, etc.) (VALE e SANTOS, 2017, p. 155).

Assim, vê-se, sem nenhuma dificuldade, que a extensa lista de exceções a proibição do *hearsay*, nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra – ignorada no REsp 1.373.356-BA – deve reconduzir o assunto à patamares menos ideológicos. Taruffo (2016) sentenciou sobre o assunto:

A hearsay rule prevê a exclusão de provas <<de segunda mão>>, ou de <<ouvir dizer>>: a hipótese principal é a do testemunho de *relato*, em que a testemunha refere a fatos que não percebeu pessoalmente, mas que foram narrados a ela por outra pessoa. Sobre essa regra foram das diversas explicações, que podem ser sinteticamente reduzidas a duas: de uma parte sustenta-se que a exclusão das provas *hearsay* tem o fim de evitar que o júri tenha que estabelecer a eficácia probatória de uma testemunha sem ter condições de valorar diretamente a credibilidade da testemunha original, de outra parte, frisa-se que a norma tem como escopo impedir que sejam obtidos testemunhos a respeito dos quais a contraparte não tem a possibilidade de submeter à verificação a credibilidade da testemunha original, por não ter a oportunidade de submetê-la à *cross-examination*. (...) Isso não significa que os legisladores de *civil law* não compreendam a delicadeza de uma valoração adequada da eficácia dessas provas: esses confiam, na verdade, na capacidade do juiz distinguir o valor de um testemunho indireto do de um testemunho direto.” (TARUFFO, 2016, p. 175-176).

Na prática judiciária brasileira, a questão da proibição de *hearsay testimony* chegou ao Supremo Tribunal Federal através do *Habeas Corpus* (HC) nº 81172, que acabou sendo negado. Eis a ementa:

[...] 1. Habeas corpus. Ação Penal. Art. 12 da Lei nº 6.368/76. Sentença condenatória. Valoração da prova. Chamada de co-réu. Hearsay. Policiais que, no flagrante, ouviram dos co-réus menção ao paciente, que seria o dirigente da organização criminosa de que participavam. 2. Preliminar de não conhecimento rejeitada, pois, embora seja este o 12º remédio processual utilizado em favor do paciente, é esta a primeira vez em que deduzida tal argumentação perante esta Corte. 3. Existência de inúmeras decisões judiciais, antecedentes ao presente pedido, que ou consideraram que a prova foi bem avaliada ou que sua revisão é inviável em sede de habeas corpus. Para que a Turma pudesse contraditar o quanto foi decidido no *writ* contra cuja decisão se dirige esta impetração, deveria debruçar-se sobre o conjunto probatório, em extensão que se não coaduna com o remédio heróico. Precedentes desta Corte nesse sentido: HC nº 81.018, Ilmar Galvão; 80.944, Moreira; 81.485, Néri; 80.883, Velloso; 80.558, Jobim; 80.199, Celso; 75.189, Maurício; 80.708, Marco Aurélio. Pedido conhecido mas indeferido. (HC 81172, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 11/06/2002, DJe 07/03/2003)

No caso acima, tratava-se de crime de tráfico de drogas em que o paciente alegava a falta de valor jurídico no testemunho indireto de policiais, que tomaram conhecimento da prática delitiva por terceiros. O argumento havia sido rechaçado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, o HC 81172 era reprodução de outros idênticos, julgados e denegados. Na discussão do HC 81172, a Ministra Ellen Gracie pediu vistas do processo, ressaltando o seguinte:

[...] Sr. Presidente, ouvi com toda a atenção a brilhante aula do nosso eminente Colega Ministro Sepúlveda Pertence. Creio ser irretocável a posição de S. Exa., com base em doutrina nacional e estrangeira, a respeito do valor probante que se deve dar ou melhor, que se não deve dar ao “hear say”. No entanto, tenho dificuldades em conciliar a conclusão de S. Exa. com aquilo que se conhece da realidade, relativamente ao organograma e cadeias de comando do tráfico, especialmente o de entorpecentes, quando se sabe

que determinados territórios pertencem a alguém. É de conhecimento público e notório que “fulano de tal” é chefe do tráfico na “parada” de Lucas, outro na favela “tal”, e outro na favela “qual”. [...] (HC 81172, *vista*, p. 261)

Assim, como bem ressaltou a Ministra Ellen Gracie, a proibição de testemunho indireto ou de ouvi falar poderia se chocar com as mais elementares disposições da realidade, pois, por muitas vezes, a prova indireta é a única apurável e, ainda assim, não é menos confiável. Em outros termos, deixar de valorar o testemunho indireto seria o mesmo de ignorar o dever do Poder Judiciário de apreciar o *direito de ação*, constitucionalmente assegurado como o sentido básico de acesso ao judiciário. Como visto, nem mesmo no direito anglo-americano, a prova indireta é completamente rechaçada ao nível de omissão que expressa o STJ no REsp 1.373.356-BA.

Em verdade, na ausência de regras jurídicas sobre o que se deve considerar *hearsay*, como faz o direito anglo-americano, seria melhor o STJ abandonar a tese da proibição absoluta do testemunho indireto para retomar a tese doutrinária e jurisprudencial da pronúncia e da impronúncia, na qual determina que a prova deve ser avaliada caso a caso, sem *dogmatismos* explícitos. Vide os seguintes julgados:

[...] 1. A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri, juiz natural da causa. 2. Não devem seguir a Júri os casos rasos em provas, fadados ao insucesso, merecedores de um fim, desde logo. 3. Na hipótese, o Tribunal a quo afirmou categoricamente que “a prova trazida ao grampo dos autos é manifestamente insuficiente”. (AgRg no REsp 1511299/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

[...] 1. Embora vigore, na fase de pronúncia, o princípio do *in dubio pro societate*, a incidência do postulado não afasta a necessidade de indícios mínimos de autoria para que haja a pronúncia. 2. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu não haver indícios suficientes da autoria, razão pela qual impronunciou o ora agravado. 3. Entender de forma diversa, como pretendido, demandaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1595643/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016)

[...] 1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório. 2. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que pronunciou o acusado diante dos indícios suficientes de autoria, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 710.729/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

Este é mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal que, reiteradamente tem decidido que “A decisão de pronúncia qualifica-se como ato jurisdicional que se limita a empreender mero juízo de admissibilidade da acusação.” (HC 124232, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe-196 de 13-09-2016, publicado em 14-09-2016). O entendimento deixa íntegra a possibilidade do juiz atribuir o grau de valor que entender necessário a prova indireta, dentro da perspectiva que a sentença de pronúncia não encerra um juízo de certeza, mas apenas um juízo de admissibilidade da acusação, dentro da esfera da probabilidade lógica ou da verossimilhança. Isto porque não se pode perder de vista que caberá ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal).

Talvez, a preocupação em estabelecer uma regra de proibição do *hearsay testimony* deva-se muito mais ao receio de que os jurados julguem com base em depoimentos indiretos e, neste caso, a única solução seria

simplesmente impedir o julgamento para suposta preservação de direitos fundamentais. Em verdade, muitos são os fatores que influenciam a decisão no júri, desde uma argumentação mal executada até uma (in)disposição emocional dos jurados. É impossível descobrir as razões pelas quais os jurados decidiram. Não é incomum que as pessoas pensem que é mais razoável ter receio de um processo judicial decidido pelos jurados do que um resolvido por um juiz profissional, eis a nota de imprevisibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na verdade, Dworkin (2014, pág. 3) entende que o processo judicial sempre sofre deste problema:

“Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juizes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. [...] “A diferença entre dignidade ou ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.” (DWORKIN, 2014, pág. 3)

Por outro lado, como explica GADAMER (2013, pág. 433), a “ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” Da mesma forma, Streck (2014, p. 363) defende que a hermenêutica não pode ser relativista, discricionária ou arbitrária, ao sustentar que:

[...] a interpretação do direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E registre-se a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete. (STRECK, 2014, p. 363)

Neste sentido, Dworkin (2016, p. 263-264) recomendou: “Não digam aos juizes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Eles querem saber como entender essa lei enquanto direito, como decidir, e a partir de qual fonte, de que modo a liberdade e a igualdade passaram a ser vistas em nossos dias, não apenas como ideais políticos, mas também como direitos jurídicos”. Assim, é preciso convencer os jurados de que o poder de decidir sem fundamentar não deve ser confundido com arbitrariedade. Pelo contrário, se preferirem decidir conforme a prova dos autos, suas consciências e os ditames da justiça, os jurados correm o risco de se tornarem bem mais interessantes e a decisão mais sábia e justa.

Assim, é injustificado o medo de que os jurados decidam sobre prova indireta, pois esta atribuição faz parte da prática judiciária dos ordenamentos jurídicos modernos de base democrática. Quando se impõe uma proibição aparentemente generalizada ao testemunho indireto, ao ponto de atribuí-lo grau zero de valor jurídico, a título de preservação de direitos fundamentais, acaba por gerar também a fragilização do dever proibição de proteção deficiente; e da competência do julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri.

Melhor explicando: simplesmente determinar a invalidade jurídica de testemunhos indiretos poderia se chocar com a realidade na qual, para certos casos de homicídio, somente é possível obter informações de autoria através de testemunhos indiretos, que apesar disto, possuem garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade; é oferecida como prova de um fato relevante; é mais probatório sobre o ponto para o qual é oferecido do que qualquer outra evidência que o proponente pode obter através de esforços razoáveis; e que sua admissão melhor serve aos propósitos dos interesses da justiça. Por óbvio, esta avaliação passa por um esforço mental do jurado, visando assegurar um balanço justo do conjunto probatório. Se cabe ao juiz se convencer da existência de indícios razoáveis de autoria para submeter o caso ao Tribunal do Júri, sem encerrar um juízo de certeza somente cabível em sede de julgamento, cabe aos jurados avaliar a prova da culpabilidade do imputado além da dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*), ao nível do juízo de verdade objetiva, e não propriamente de certeza. Como bem ressaltou Popper (2006, p. 17), “O que os jurados têm de fazer é julgar se o caso que lhes apresenta é ainda um caso de dúvida ou não. Quem já foi jurado compreenderá que a verdade é algo objetivo, e a certeza, algo subjetivo. Isso se exprime com máxima clareza na situação do júri.” Quando se

trata de prova indireta, não cabe o juízo de certeza, mas a busca pela *verdade provável*, livre, o quanto possível, dos defeitos para evitar o erro judiciário.

De outro modo, se a intenção de proibir o *hearsay testimony* (ou prova de *ouvir dizer*) é assegurar melhor qualidade na produção probatória durante a investigação criminal e a instrução judicial preliminar, o STJ se equivocou, pois, como dito, não há regra jurídica que torne ilegal o depoimento indireto. Por outro lado, o testemunho indireto jamais terá o mesmo valor probatório do testemunho direto ou mesmo de um prova pericial, cuja confiabilidade supera qualquer prova testemunhal. Certo que a polícia e o Ministério Público, bem como o magistrado e a defesa dos acusados, precisam, na medida de suas atribuições e competências, perseguir a *verdade provável*, colaborando para a produção de provas em respeito a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo.

Eis o principal risco que o entendimento expresso no REsp 1.373.356-BA pode gerar: uma *interpretação mecanicista* do direito. A dogmática do tipo “o depoimento da testemunha indireta não deveria ser levado em conta”, sem que se saibam ou se levem em conta as particularidades de cada caso, pode gerar riscos insanáveis à promoção da justiça como correspondência da realidade, sacrificando-a para justificar uma justiça pragmática ou de conveniências, a serviço de interesses mesquinhos e descompromissados com a democracia. Como bem ressaltou Bobbio:

A teoria mecanicista da interpretação foi abandonada quase por todos. O próprio Kelsen deu o bom exemplo. E, a julgar pelo interesse suscitado na Itália nos últimos anos, na cidadela antes inexpugnável dos juristas pelas teorias da jurisprudência sociológica e pela discussão em torno dos juízos de valor na decisão judiciária, é preciso reconhecer que Carnelutti tinha razão quando, há algum tempo, já vinha repetindo que finalmente se descobriu, também entre nós, que o momento decisivo da vida do direito é o julgamento. (BOBBIO, 2016, p. 147-148)

A recomendação de que a prova testemunhal indireta deveria ser evitada ou declarada de grau nulo em termos de valoração probatória em nada colabora para o debate, pois simplesmente ignora que nem toda experiência humana pode ser deduzida em apenas uma única regra, que, na prática inviabilizaria a apreciação do conjunto probatório pelos juízes e pelo corpo de jurados. Ora, como afirmou Dworkin (2014, p. 492), o direito é “uma atitude interpretativa e autoreflexiva [...] A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.”

III. Síntese dogmática da proposição e proposta de enunciado

O *standard* probatório da prova de *hearsay* ou de *ouvir dizer*, entendido como o grau de convencimento exigido para a decisão, é de competência exclusiva do Tribunal Júri, não cabendo ao magistrado decidir se a prova indireta é mais ou menos válida ou eficaz, mas, apenas se estar convencido sobre a existência de indícios suficientes, conforme o conjunto probatório dos autos, para submeter o réu a julgamento pelo juiz natural, o Tribunal do Júri, em grau de fundada probabilidade, que é diversa do juízo da *decisão de mérito*, que julga ao nível da *certeza além da dúvida razoável*. Quando o Superior Tribunal de Justiça estabelece (como faz no REsp 1.373.356-BA, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017) que a prova indireta é imprestável como indício suficiente para pronúncia, com inspiração do princípio “*hearsay is no evidence*”, despreza a extensa lista de exceções às regras do *hearsay* previstas no direito anglo-americano; e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal no sentido de “a pronúncia qualifica-se como ato jurisdicional que se limita a empreender mero juízo de admissibilidade da acusação” (HC 124232, julgado em 26/04/2016, DJe-196 de 13/09/2016), acabando por subtrair, de forma precipitada e temerária, o julgamento do processo pelo Tribunal do Júri, na medida que se recusa a valorar a prova indireta, em prejuízo aos princípios constitucionais da *legalidade*, do *direito de ação* e do *devido processo legal adjetivo* (art. 5º, incisos II, XXXIV e LIV, da Constituição Federal de 1988).

IV. Referências

- LOPES JÚNIOR, Aury. **Testemunho “hearsay” não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Consultor Jurídico. Colunistas. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilcita-evitada2>>. Acesso em 14 jul. 2017.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. Trad. Ariani Bueno Studatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- _____. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, Instituto Noberto Bobbio, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE: *Federal Rules of Evidence. ARTICLE VIII. HEARSAY*. <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/article_VIII> Acesso em 11/07/2017.
- LOURENÇO, Paulo. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Direito Brasil publicações. <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2017.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano* . v. 3. Turim: UTET, 1932.
- PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.) **Verdade e Prova no Processo Penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2016
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- VALE, Ionilton Pereira; e SANTOS, Teodoro Silva dos. **O Tribunal do Júri no Contexto dos Direitos Humanos: análise da instituição à luz das convenções internacionais de direitos humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.