IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

TESTEMUNHO DE “HEARSAY” COMO PROVA ATÍPICA E SUA APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

HEARSAY TESTIMONY AS ATYPICAL EVIDENCE AND ITS JURISPRUDENTIAL APPLICATION

Viviane de Faria Miranda [1]
Marina Nogueira de Almeida [2]

Resumo

Este artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Testemunho de “ouvir dizer”, Hearsay testimony, Corrente doutrinária, Entendimento jurisdicional, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article comprehends the testimony of people that have only "heard about" a crime as atypical evidence. We present the jurisprudence of the Brazilian Superior Courts and TJRS about the admissibility of hearsay testimony as enough to the decision that starts the trial procedures, to submit the case to the Jury and the sentence, from a bibliographic review of testimonies in the criminal procedure. Although scholars are against the hearsay testimony as enough evidence, the judges accept the indirect witness to initiate the investigation and the criminal procedure, prohibiting it for decisions, due to the Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hearsay testimony, Legal doctrine, Jurisprudence, Democratic state based on the rule of law

[1] Mestranda em Direito - UNIRITTER. Juíza convocada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

[2] Dutoranda em Direito - UFRGS. Mestra em Direito - UNIRITTER. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

As provas são elementos de convicção fornecidos ao juiz, com os quais ele poderá reconstruir os fatos investigados e estabelecer uma certeza judiciária (ou verdade possível), certeza essa que apenas equivale a uma probabilidade. A certeza judiciária é o objeto do processo penal. Somente por intermédio das provas é possível alcança-la (AQUINO, 1987). No espectro probatório, incluem-se fontes de prova – pessoas e coisas que carregam informações das quais provém a prova – e meios de prova – os instrumentos que permitem levar ao juiz os elementos que o ajudarão a alcançar a certeza judiciária.

Pessoas carregam informações do que presenciaram, do que viram, do que ouviram. Por meio da prova testemunhal, seu conhecimento é levado ao julgador do caso. Ao mesmo tempo, os seus depoimentos são necessariamente entrecortados pela sua percepção da realidade e podem ser falhos, como, por exemplo, pela incursão de falsas memórias. Ainda assim, a prova testemunhal é fundamental para a obtenção da verdade possível no âmbito processual. Salienta Hélio Tornaghi (1959, p. 460-461) que "isso faz compreender a razão pela qual, apesar da desconfiança com que sempre foi aceita a prova testemunhal, tenha ela atravessado os séculos impondo-se nos mais variados tipos de procedimento, sempre, em todos os povos".

As provas podem ser classificadas como diretas ou circunstanciais, sendo diretas aquelas que "provam um fato sem uma inferência ou presunção e que em si mesma, se verdadeira, estabelece tal fato" [tradução livre] (INGRAM, 2017, p. 99). As provas circunstanciais são "provas que, se verdadeiras, provam um fato do qual uma inferência da existência de outro fato pode ser desenhada" ou, dito de outro modo, é "prova que, sem provar diretamente a existência de um fato, dá origem a uma inferência lógica de que tal fato existe" (INGRAM, 2017, p. 100). As testemunhas, seguindo essa lógica podem ser classificadas como diretas ou indiretas, sendo as diretas aquelas que *presenciaram* o fato sobre o qual depõem, e indiretas as que ouviram o relato a partir de outra pessoa que o presenciou. É nessa segunda espécie de prova testemunhal que se encontra a hipótese estudada no presente artigo. Aborda-se, aqui, mais especificamente, a posição jurisprudencial pátria acerca da (in)admissão do testemunho de "ouvir dizer" (*hearsay testimony*) para o recebimento da peça acusatória, para a decisão de pronúncia em feitos que tramitam sob o rito do Tribunal do Júri e para a eventual sentença condenatória.

Os ordenamentos jurídicos, em geral, dispõem de regras específicas para a utilização do *hearsay testimony,* em razão de que esse tipo de testemunho não possibilita o exame cruzado (*cross-examination*)[1] da fonte de prova originária. Nos Estados Unidos da América, a *Hersay Rule* dispõe que o *Hearsay* não é, em regra, admitido (USA, 2009). Todavia, atualmente, a regra de exclusão de *hearsay* admite um grande número de exceções, nas quais se considera que o testemunho indireto é confiável o bastante para ser admitido[2]. Sendo assim, é indiscutível que o testemunho indireto se caracteriza como um dos meios de prova[3], circunstancial, na medida em que "há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação" (GOMES FILHO e BADARÓ, 2007, p. 189).

A partir desse entendimento, propõe-se o seguinte problema de pesquisa: a testemunha com relato de "ouvi dizer" (*hearsay testimony*) é considerada meio probatório suficiente na jurisprudência brasileira dos tribunais superiores (STF e STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul?

Metodologicamente, para responder-se ao problema de pesquisa, parte-se de uma revisão bibliográfica sobre a (in) admissibilidade da testemunha referencial no Direito Processual Penal, à luz do princípio do livre convencimento motivado. Então, em um segundo momento, o estudo identificará, em uma amostragem realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), o posicionamento desses órgãos sobre a temática. Observa-se que é uníssono o entendimento jurisprudencial de que não se pode autorizar que indivíduo seja condenado sem qualquer lastro probatório

---

[1] *Cross-examination* é o interrogatório da testemunha arrolada por uma parte pela parte contrária, enquanto o *Direct-examination* é o interrogatório realizado pela própria parte.

[2] Menciona Gustavo Henrique Badaró que "As *Federal Rules of Evidence* apresentam um complexo regramento, com quase três dezenas de exceções à regra. As exceções se justificam, em linhas gerais, por dois motivos. Um primeiro grupo de exceções, admite a *hearsay witness* mesmo estando disponível a fonte originária, que poderia comparecer pessoalmente ao julgamento (regra 803 das *Federal Rules of Evidence).* No segundo grupo, são previstas exceções em casos nos quais a testemunha direta ou originária não está disponível (regra 804 do referido diploma legal[2]). O mesmo fenômeno de flexibilização da *hearsay rule* ocorre no direito inglês. O *Criminal Justice Act* de 2003 ampliou a margem de discricionariedade judicial para admitir depoimentos de ouvir dizer, por exemplo, quando o tribunal considerar que tal depoimento indireto "atende aos interesses da justiça" (artigo 114 (1)(d)) – *in* **Epistemologia Judiciária e Prova Penal,** Revista dos Tribunais, 2019.

[3] Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró referem que a doutrina faz distinção entre prova e sucedâneo de prova, "usada para sublinhar que, em certos casos, diante da ausência ou insuficiência de elementos de informação resultantes da prática dos chamados *meios de prova* - instrumentos disciplinados pelo legislador para produção dos dados probatórios -, *conhecimentos outros*, obtidos de forma diversa, possam ser considerados na formação do convencimento judicial" - *in* **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro,** Revista Brasileira de Ciências Criminais 65, março-abril de 2007, Instituto Brasileiro de ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, p. 177.

colhido em juízo, quando fundamentado exclusivamente em testemunhas que ouviram dizer, sem menção à fonte da qual teria partido a informação.

O objetivo principal do estudo é contribuir cientificamente para uma dogmática, comprometida com os postulados do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) e o livre convencimento do juiz desde que motivado (artigo 155, do CPP).

2. DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O TESTEMUNHO DE "OUVIR DIZER"

A prova testemunhal está disciplinada no Capítulo VI do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), entre os artigos 202 e 225. Esclarece Hélio Tornaghi (1959, p. 461) que as palavras *testemunhar* e *testemunho* são por vezes usadas para exprimir o ato de depor e que, em doutrina, deve evitar-se tal emprego, pois "testemunhar é presenciar o fato. O testemunho refere-se ao presente. Depor é dizer sobre o fato testemunhado; refere-se ao passado". Da indistinção entre os termos resultariam muitos equívocos. Contudo, em razão da terminologia utilizada no Código de Processo Penal e na prática forense, utilizar-se-á, para fins desse artigo, as expressões "testemunha" e "prova testemunhal".

Existem três características básicas da prova testemunhal: oralidade – deve ser recolhido por meio de uma narrativa verbal[4], objetividade – em regra, a testemunha deve se ater aos fatos, sem expor opiniões pessoais ou realizar qualquer juízo de valor[5], e retrospectividade – o testemunho prestado versa sobre fatos passados, e não futuros (LOPES JR., 2015). A testemunha *hearsay,* ou testemunha do ouvi dizer, apresenta-se então como "aquela pessoa que não viu ou presenciou o fato e tampouco teve contato direto com o que estava ocorrendo, senão que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato" (LOPES JR., 2015).

O depoimento "ouvi dizer" não encontra proibições no ordenamento jurídico pátrio. Pela redação do art. 203[6] do CPP, a testemunha deve *i)* relatar o que souber;

---

[4] Art. 204, CPP: "Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito." (BRASIL, 1941)

[5] Art. 213, CPP: "Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato." (BRASIL, 1941)

[6] Art. 203, CPP: "Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade." (BRASIL, 1941)

e *ii)* explicar as razões e as circunstâncias dessa informação, a fim de que sua credibilidade possa ser verificada ou refutada. Pode-se então tratar a testemunha "ouvi dizer" como uma prova atípica. Para Moreira (1994, p. 114-115),

> Como se pode conceituar a prova atípica? Evidentemente, por oposição à prova típica. O conceito de atipicidade, obviamente, pressupõe o conceito de tipicidade, e define-se por oposição a ele. [...] essa oposição da prova atípica à prova típica, podia manifestar-se por duas maneiras diversas: ou a prova era atípica por constituir espécie diferente daquelas reguladas na lei, ou a prova era atípica porque colhida de modo diferente, por foma diferente dautilizada na prova típica que a ela correspondesse.

O testemunho *hearsay* é uma prova atípica na medida em que pode ser visto como uma espécie diferente da prova testemunhal formalmente regulada em lei, ou colhida de forma diferente utilizada na prova típica.

Assim, com base no Código de Processo Penal, a testemunha *hearsay*, que "ouviu dizer" algo sobre o que está sendo julgado (por isso chamada de testemunha auricular ou de *auditu)*, deve indicar a fonte de suas afirmações. Não se trata então de testemunha que apresenta meros rumores, porque o "testemunho indireto é o que se refere a coisas ditas por outras pessoas, certas e determinadas, não se confundindo com a referência genérica e indeterminada de rumores anônimos" (FRAGOSO, 1982, p. 521)

No entanto, apesar de não haver vedação expressa para a oitiva de testemunhas que apenas "ouviram dizer", o entendimento doutrinário sustenta que, em razão do livre convencimento motivado como forma de valoração de provas, o depoimento *hearsay* não fica sujeito necessariamente a uma questão de admissibilidade, mas sim de valoração. Nesses termos, deveria ter pouca ou nenhuma valoração, porque não permite a credibilidade necessária para a condenação, além de representar, sob um escrutínio maior, uma violação do devido processo legal, no que se refere ao contraditório. Segundo Aury Lopes Jr. (2015):

> No nosso sistema, esse tipo de depoimento não é proibido, mas deveria ser considerado imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade. É ainda bastante manipulável e pode representar uma violação do contraditório, eis que quando submetida ao exame cruzado (cross examination) na audiência, não permite a plena confrontação, afinal, sobre o fato, ela nada sabe, apenas se limita a repetir o que ouviu e, eventualmente, fazer juízos de valor sobre isso (o que é vedado pela objetividade). Há ainda o imenso risco de existir uma verbalização ampliada, até para valorização do papel assumido.

Manzini (1952) afirma que esses depoimentos sequer teriam caráter de testemunho, sendo apenas elementos inseguros de informação que permitiriam chegar à verdadeira prova testemunhal:

> Com efeito, em tais depoimentos a percepção sensorial que interessa à prova não é do depoente, senão de quem a manifestou ao mesmo depoente. E o confidente, que seria a verdadeira testemunha, se não é imaginário, escapa à responsabilidade do que disse se o outro não o revela, e se subtrai também à valoração de sua credibilidade; além do fato de que o que se conta de boca em boca se altera e se deforma progressivamente. Deve considerar-se ademais que, com relação a tais testemunhas, coloca-se o Ministério Público, o acusado e as outras partes na condição de não as poder contradizer eficazmente, na tutela de seus respectivos interesses. (MANZINI, 1952, p; 254).

Tal posicionamento é igualmente perfilhado por Antonio Magalhães Gomes Filho e por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2007, p.189), que têm a testemunha de "ouvir dizer" como uma:

> prova de segunda mão, devendo ser considerada como elemento de informação indigno, sem o caráter de testemunho. Tal elemento de informação pode ser válido para que se descubra a fonte originária, isto é, a testemunha presencial, e se produz essa prova em juízo. Mas a testemunha indireta, por si mesma, não pode ser considerada como prova válida para o juiz formar o seu convencimento.

Helio Tornaghi (1959, p.461) já preconizava 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". Então, a doutrina, de forma amplamente majoritária, defende um posicionamento pela inadmissibilidade da oitiva de testemunha de "ouvir dizer". Se considerada admissível – pela sua não vedação expressa e pela possibilidade que o sistema admite de provas atípicas serem colhidas – manifestam-se os doutrinadores pela pouca ou mesmo nenhuma valoração do depoimento de testemunhas que não presenciaram o fato sobre o qual depõe, mas meramente "ouviram dizer".

Se interpretarmos a prova obtida pela testemunha *hearsay* como prova atípica, Barbosa Moreira (1994) elenca três problemas a serem resolvidos. O primeiro, a compatibilidade da obtenção de prova com os ditames da ética, que, no caso estudado, não suscita maiores problemas. Os dois outros problemas são de ordem mais complexa e levam à discussão doutrinária acerca da admissibilidade da testemunha *hearsay*. O segundo problema é a garantia do contraditório; e o terceiro, a valoração (MOREIRA, 1994). Quanto ao contraditório, como vimos, é a principal

razão pela qual a doutrina majoritária manifesta-se pela imprestabilidade da prova de "ouvir dizer", na medida em que seria impossível o *cross examination*, o questionamento pela parte contrária, da pessoa que de fato presenciou o que está sendo trazido aos autos pelo depoimento. Barbosa Moreira (1994, p. 124) responde a esse problema afirmando que "Nenhum princípio, neste plano, eu diria, é absoluto. [...]", ressaltando que não é possível uma formulação de regra geral para a solução de quando é conveniente ou não mitigar o contraditório, o que seria resolvido pela prudência do juiz (MOREIRA, 1994). Quanto à valoração, Moreira (1994, p. 125), dispõe sobre o problema e a sua solução, que, para o autor, reside na fundamentação judicial:

> O terceiro problema é o da valoração. O princípio fundamental na valoração das provas, bem sabemos, é o da liberdade do juiz, é o princípio da livre apreciação das provas, expressamente consagrado no art. 131. Mas a liberdade de valoração não significa arbítrio. Todos sabemos que a liberdade de que o juiz goza é sujeita a determinados limites e sobretudo, sujeita à possibilidade de controle; do contrário, ela se converte ou se subverte em arbítrio judicial, que é coisa detestável.
> [...]
> Refiro-me à necessidade, - esta, sim, impostergável – de o juiz, em qualquer nível, pôr o maior empenho possível na fundamentação da sua decisão, sobretudo no tocante à matéria de fato, e portanto, à valoração das provas.

Portanto, o posicionamento absoluto da doutrina brasileira quanto à inadmissibilidade ou imprestabilidade da prova testemunhal de "ouvi dizer" não pode ser aplicado, porque, analisando-se o tema, encontram-se soluções aos problemas que, em tese, a testemunha *hearsay* oferece. Veja-se que, contrapondo a doutrina aqui elencada e avaliando as regras estadunidenses quanto ao *hearsay,* Morgan (1948) discute que o mero fato de a prova se enquadrar no *hearsay* não pode importar em sua automática exclusão, porque muitas das exceções admissíveis ao *hearsay* e até mesmo depoimentos de testemunhas diretas apresentam os riscos atribuíveis ao depoimento das testemunhas indiretas, de modo que aceitar a testemunha *hearsay*, por si, não apresentaria um aumento dos riscos à verdade processual. Estudo empírico realizado por Miene, Park e Borgida (1992) chegou à conclusão que os jurados deram pouca ou nenhuma credibilidade aos depoimentos *hearsay*.

Contudo, na realidade brasileira, especialmente em crimes relacionados ao tráfico, o risco de vida a que as testemunhas ficam sujeitas se relatarem o que sabem e, de alguma forma, delatarem os criminosos, faz com que se deva ter um olhar diferenciado para o tema. Ao fazer uma pesquisa jurisprudencial, tem-se encontrado

uma posição amplamente majoritária com entendimento diverso daquele verificado na doutrina, conforme se demonstra abaixo.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Metodologicamente, para fins de localizar-se jurisprudência para análise do presente artigo, utilizou-se os recursos de Busca de Jurisprudência dos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF)[7], do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[8] e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)[9], entre os dias 1º e 3 de julho de 2021, com as palavras-chave “hearsay” e “ouvir dizer”, localizando-se, assim, por amostragem, as decisões que versavam sobre o tema em relação ao recebimento de denúncias, pronúncias e condenações.

Em pesquisa jurisprudencial realizada nos Tribunais Superiores (STF e STJ), verifica-se que, embora a jurisprudência posicione-se pela admissibilidade de utilização de informações prestadas por testemunhas indiretas para dar início à ação penal, o entendimento é firmado no sentido de que os relatos reflexos não são suficientes para a decisão de pronúncia e para o decreto condenatório, uma vez que o sistema jurídico penal brasileiro não admite a culpa por presunção, não se podendo presumir a responsabilidade penal com apoio em “ouvir dizer”.

Na Ação Penal nº 912, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou o trancamento da ação penal intentada contra Prefeito do Município de Campina Grande/PB, por ausência de justa causa e por inépcia da denúncia. Em leitura parcial da ementa do julgado, é perceptível que o “ouvi dizer” não pode apoiar a responsabilização penal, justamente porque se estaria diante de uma culpa por presunção:

> (vi) A mera subordinação hierárquica de agentes públicos ou servidores municipais não implica a automática responsabilização criminal do Prefeito. Noutros termos: não se pode presumir a responsabilidade criminal do Prefeito, simplesmente com apoio em "ouvir dizer" das testemunhas; sabido que o nosso sistema jurídico penal não admite a culpa por presunção (STF, 2017)

[7] http://portal.stf.jus.br/
[8] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio
[9] https://www.tjrs.jus.br/novo/

Já no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.067.392[10], a Segunda Turma do STF, em aresto da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, debateu acerca dos elementos de provas que autorizam a prolação de decisão de pronúncia, referindo que a questão, "em realidade, deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, que acarreta critérios racionais para valoração da prova e standards probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos" (STF, 2020, p. 8). Pontou a diferença entre pronúncia e condenação, sendo que para esta, exige-se uma certeza além da dúvida razoável, o que não é exigido naquela, mas que, ainda assim, a submissão de um acusado ao Júri pressupõe a existência de um lastro probatório que seja consistente com a acusação. Em outras palavras, embora o padrão probatório exigido seja menor no encerramento da primeira fase do procedimento do júri, é necessário que haja uma preponderância das provas incriminatórias. (STF, 2020)

No caso, o juízo de primeiro grau, em estado de dúvida sobre a participação dos acusados, proferiu decisão de impronúncia, que foi revertida pelo Tribunal daquele Estado, ao valorar com mais intensidade depoimentos de testemunhas *hearsay* e aplicar o princípio do *in dubio pro societate*. O Ministro Gilmar Mendes

---

[10] Eis a ementa do julgado: Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade in dubio pro societate: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia. 5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. **Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias**. 7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. **Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais.** 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator. (STF. ARE 1067392, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 01-07-2020 PUBLIC 02-07-2020) [grifei].

explora essa temática, defendendo a incongruência de tal posicionamento. Para o Ministro, esse brocardo, além de não ser constitucional ou legal, desvirtua as premissas racionais de valoração da prova e o procedimento bifásico do júri, esvaziando a própria razão de ser da decisão de pronúncia[11] (STF, 2020).

O STF também teve a oportunidade de pronunciar-se sobre as informações fornecidas por meio de depoimentos reflexos e que ensejaram a instauração de inquérito envolvendo o parlamentar Aécio Neves, acolhendo requerimento da Procuradoria-Geral da República que pedia o arquivamento, justamente em razão da fragilidade das provas que se baseavam somente no "ouvir dizer":

> Entendo que assiste razão à PGR no que se refere à ausência de lastro probatório mínimo e de diligências capazes de justificar a manutenção da investigação, uma vez que este inquérito se baseia apenas em depoimentos indiretos, ou seja, "por ouvir dizer" que foram prestados por colaboradores, não sendo acompanhado de qualquer elemento externo de corroboração capaz de sustentar, minimamente, a hipótese investigativa inicialmente delineada. (STF, 2021, p. 5)

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado a mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, assentando que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, quando fundamentada exclusivamente em testemunhas que ouviram dizer, sem menção à fonte da qual teria partido a informação sobre a autoria do homicídio, como se vê no

---

[11] Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes: "**4. A função da decisão de pronúncia e a não violação à soberania dos veredictos** O procedimento do Júri, conforme regulado pelo CPP brasileiro, adota um sistema bifásico. Primeiramente, há uma etapa em que um juiz togado realiza a instrução, com produção de provas em contraditório, findando em uma decisão intermediária entre quatro possibilidades: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação (arts. 413- 421, CPP). O acusado, então, somente será remetido para a segunda fase, em que efetivamente ocorrerá um juízo por jurados leigos, se houver a sua pronúncia. Tal sistemática busca estabelecer **um mecanismo de verificação dos fatos imputados criminalmente pela acusação** em que um julgador togado, técnico e com conhecimentos em Direito, analisa a acusação e as provas produzidas para determinar se há base mínima para autorizar o juízo pelos jurados leigos. Ou seja, reconhece-se que o julgamento leigo, ainda que represente uma abertura para o exercício democrático e a manifestação do povo na justiça criminal, ocasiona riscos em razão da falta de conhecimentos jurídicos e da ausência do dever de motivação do veredicto. Diante disso, são estabelecidos mecanismos para reduzir tais riscos de arbitrariedades e, um deles, sem dúvidas, é a necessidade de uma análise prévia do caso por um juiz togado, que condiciona o envio do processo ao Tribunal do Júri. Portanto, **a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual**, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais. Assim, "como despacho saneador que é, a pronúncia deve desempenhar uma função garantidora, evitando que o acusado seja submetido a um julgamento injusto e garantindo ao Estado exercer o *jus puniendi*". (AQUINO, Álvaro A. A função garantidora da pronúncia. Lumen Juris, 2004. p. 114)" (STF, 2020, p. 9-10)

HC 644.971/RS (STJ, 2021a). Esse entendimento da corte aparece em diversos julgados, de forma majoritária ou mesmo pacífica[12]:

> 3. Não é cabível a pronúncia fundada, tão somente, em depoimentos de "ouvir dizer", sem que haja indicação dos informantes e de outros elementos que corroborem tal versão. 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 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. 4. Na hipótese, o Juiz sumariante consignou que os indícios de autoria do homicídio qualificado consumado eram insuficientes para pronunciar o ora recorrente, porque eram fundados em depoimentos de ouvir dizer, em que não haviam sido apontadas as pessoas informantes. Ao reformar a decisão monocrática, o Tribunal a quo colacionou depoimentos das testemunhas ouvidas no processo em que se atribui a autoria aos denunciados. Todavia, todos os testemunhos mencionados pela Corte estadual atribuem aos acusados a autoria do delito com base em "ouvir dizer" em que a fonte não é identificada, circunstância inidônea para submetê-los a julgamento pelo Conselho de Sentença. 5. Recurso especial provido para restabelecer a impronúncia do recorrente. Estendidos os efeitos ao corréu, nos termos do art. 580 do CPP. (STJ, 2021b)

Não obstante o posicionamento pela negativa de pronúncia com base exclusivamente em testemunhas *hearsay*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite que seja recebida a denúncia, uma vez que “somente no curso da instrução processual, com a produção das provas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, é que irá ser revelada a pertinência ou não de uma acusação, de maneira que não é dado ao julgador, sem uma fundamentação razoável, rejeitar ou fazer indevido prejulgamento por ocasião do recebimento da inicial acusatória” (STJ, 2019, p. 3). Veja-se decisão proferida pelo STJ, Ministro Ribeiro Dantas, de 31/3/2020, nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 1.360.741/DF, no qual o testemunho por “ouvir dizer” é tido como elemento com valor probatório capaz de promover o recebimento da denúncia:

> Portanto, verifica-se que existem indícios mínimos de autoria para lastrear o recebimento da denúncia e processamento da presente ação penal, na medida em que as testemunhas ouvidas na fase extrajudicial narraram que o crime de homicídio dos presentes autos pode ter sido cometido em razão do empréstimo de uma arma de fogo.
> Destarte, o fato da prova oral ter sido produzida por testemunhas indiretas não impede o recebimento da denúncia, haja vista que, na espécie, seus depoimentos prestados na fase inquisitorial são coerentes e harmônicos entre si, apresentando indícios mínimos de que o recorrido praticou o crime de homicídio contra a vítima Armando na companhia do menor

[12] Veja-se também os seguintes julgdos: STJ, AgRg no AREsp 1721095/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021; STJ, AgRg no AREsp 1628052/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 01/09/2020; STJ, AgRg no REsp 1844571/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.

> Y.T.M.A.Ademais, o testemunho por "ouvi dizer" possui valor probatório na medida em que se permite tomar conhecimento de determinado fato ilícito, cabendo ao Julgador avaliar a sua validade e veracidade por meio da formação da sua livre convicção motivada, com base nas provas confirmadas ou colhidas durante a instrução processual (STJ, 2020, p 3).

Assim, o que se verifica no entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que ainda que a testemunha "ouvir dizer" imponha uma valoração menor e não seja apta a, sozinha, levar a uma condenação, tampouco esse elemento deve ser considerado "imprestável" ou "inútil", como é a posição doutrinária acima estudada:

> A prova produzida por meio da testemunha de "ouvi dizer" não pode ser peremptoriamente considerada imprestável para o processo, uma vez que a partir dela é possível se chegar a uma testemunha referida, a qual possa confirmar o testemunho daquele que nada viu. Lado outro, não se pode admitir nos autos a prova que acusa sem ter contato com os fatos e sem identificar quem teve, pois, reitero que a denúncia anônima demanda diligências complementares para iniciar o processo quanto mais para servir de prova para condenação. Aceitar a manutenção da referida prova nos autos subverteria todas as garantias constitucionais do processo penal, tão caras ao ordenamento jurídico. Nesse encadeamento de ideias, reafirmo que o exame da prova testemunhal impugnada não supera o exame da legitimidade, pois não pode ser considerada testemunha aquele que não teve contato com o fato criminoso nem pode identificar quem teve, se limitando a testemunhar que ficou sabendo por terceiros que o paciente seria o autor dos fatos. Assim, não sendo possível sua utilização para fundamentar eventual decreto condenatório, mister sua retirada dos autos. (STJ, 2017, p. 2)

Passando o estudo para o Tribunal de 2º grau escolhido no presente artigo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem-se que este adota posicionamento idêntico ao observado nas cortes superiores: o de que o *hearsay testimony* pode ser usado para deflagrar o processo penal, mas não pode, sozinho, sustentar uma decisão de pronúncia[13].

> Elementos que permitiram a deflagração da investigação, mas que não foram concretizados a ponto de sustentar a pronúncia. Referências da autoria que estão baseadas em comentários anônimos e provas de "ouvir dizer" (hearsay testimony), sendo insuficientes para submeter os réus a julgamento pelo tribunal do júri por este crime.(TJRS, 2020, p. 1).

Entretanto, encontra-se, também, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, posição jurisprudencial mais alinhada ao entendimento doutrinário no que tange ao *hearsay* especificamente para o recebimento da ação penal. Adota,

---

[13] Veja-se também as seguintes decisões do mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Criminal, Nº 70083721829, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 26-06-2020; Recurso em Sentido Estrito, Nº 70083979435, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 28-05-2021

então, o posicionamento de que é impossível aceitar os depoimentos de ouvir dizer como indícios mínimos de autoria para viabilizar o recebimento da peça acusatória[14].

> **Nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, o recebimento** da denúncia exige a existência de prova da materialidade e indícios da autoria delitiva (justa causa para ação penal). No caso dos autos, não há indícios mínimos da autoria em relação aos crimes de homicídio qualificado para deflagrar a ação penal, sendo tênues um depoimento baseado em relatos de "ouvir dizer" e a genérica referência de participação do réu e da vítima em grupos criminosos. Ausente, ao menos por ora, justa causa para ação penal.(TJRS, 2021, p. 1)

É importante pontuar que o depoimento *hearsasy* pode ser (in) admitido, em tese, em qualquer processo criminal; e não somente nos crimes dolosos contra a vida. Nesses, produz-se um interessante recorte, na medida em que são três decisões, com graus escalonados de exigência de convencimento do juízo, em que o depoimento *hearsay* pode ser estudado: o recebimento da denúncia, a decisão de pronúncia e a eventual condenação (sendo que essa última se sujeita ao júri que, como é sabido, não fundamenta suas decisões). Assim, como o ponto em questão não se restringe à esfera dos crimes dolosos contra a vida, verifica-se a existência de precedentes em feitos nos quais apurados outros crimes. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pesquisa jurisprudencial leva também a verificar a existência de julgados envolvendo os delitos de tráfico de drogas e de lesões corporais. Também nesses casos, em razão da fragilidade do depoimento *hearsay,* a decisão proferida foi pela absolvição dos imputados:

> Não há, excluindo-se a acusação extrajudicial formulada pelo codenunciado, provas que liguem o apelante ao episódio denunciado. Há, efetivamente, informações de "ouvi dizer" sobre ser ele traficante, bem como a acusação extrajudicial do corréu. E só. Não se está a afirmar que o recorrente não era traficante, mas apenas que inexiste prova do vínculo dele com a droga apreendida neste processo. Assim, deve preponderar o princípio in dubio pro reo..(TJRS, 2018, p. 1)

> Apesar da materialidade do delito ser extraída facilmente do exame dos autos, o mesmo não ocorre em relação à autoria. Nenhuma das testemunhas - nem mesmo a vítima - soube apontar com clareza quem teria produzido as lesões no ofendido, sendo que apenas chegaram à pessoa do acusado por meio de hearsay testimony (testemunhas por "ouvi dizer"). Sendo insuficiente o arcabouço probatório produzido pela acusação, necessária a absolvição do acusado, pelo princípio do in dubio pro reo..(TJRS, 2017, p. 1).

[14] Veja-se também as seguintes decisões: Recurso em Sentido Estrito, Nº 70084195924, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 28-08-2020; Recurso em Sentido Estrito, Nº 70083618405, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 31-07-2020

À luz do que fora apresentado, verifica-se as Cortes Superiores e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao contrário da corrente doutrinária, não desprezam completamente o valor probatório da testemunha “remota”, do “ouvi dizer”, para a instauração da investigação e, assim, viabilizar a elucidação da autoria delitiva. No caso específico do Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se jurisprudência explícita no sentido de que a testemunha *hearsay* pode ser suficiente para que se dê início ao processo criminal. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul parece, no entanto, tratar com mais cautela mesmo essa hipótese. Contudo, o *hearsay* não é absolutamente desprezado, e pode servir para localizar provas diretas dos fatos.

Os órgãos julgadores, alinhados tanto com a doutrina quanto com os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, não toleram que sejam prolatadas sentenças de pronúncia e de condenação lastreadas exclusivamente em depoimentos indiretos; dado o seu cunho decisório, a dúvida deve favorecer o imputado, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

Parece-nos, portanto, que, à luz do que leciona Moreira (1994), o que se tem é uma interpretação e aplicação das cortes quanto à testemunha *hearsay* como uma prova atípica: demanda mais cuidado e prudência do julgador, seja o juiz singular ou o tribunal recursal, para a sua aceitação. Além disso, por desafiar uma mitigação ao contraditório, é valorada com menor grau probatório, não sendo suficiente para, sozinha, importar em uma condenação, embora seja capaz de fornecer lastro para a justa causa que se impõe no recebimento de denúncias.

4. CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi confrontar doutrina e jurisprudência no que se refere àqueles depoimentos de testemunhas indiretas, que não presenciaram o fato, mas apenas “ouviram dizer”. O depoimento *hearsay* é uma realidade em qualquer sociedade, pois os fatos que acontecem numa comunidade – e sendo crimes normalmente fatos anormais e notórios – são comentados entre aqueles que o presenciaram e seu círculo social. Na realidade brasileira, em razão da estrutura do crime organizado sobretudo no que tange o tráfico de drogas, e o controle dos traficantes sobre comunidades inteiras, o contato com testemunhas diretas e o seu depoimento pode ser algo desafiador.

Em uma análise da doutrina, encontra-se o posicionamento amplamente majoritário no sentido de que, ainda que possa haver discussão sobre a

admissibilidade do depoimento *hearsay*, em termos de valoração, esse conteúdo deve ser desprezado, em razão de sua falibilidade, de sua insegurança e, portanto, de sua incapacidade de conduzir o juízo a uma verdade processual em um nível aceito, capaz de afastar a dúvida que deve pender a favor do réu. Assim, ainda que o ordenamento jurídico pátrio não negue a possibilidade; para a doutrina, o seu aceite importaria em violações de ordem constitucional.

Por outro lado, na análise da jurisprudência dos tribunais superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que se verifica é um abrandamento da posição doutrinária. Embora nenhum dos tribunais admita a condenação com base somente nesse tipo de prova, ela, por vezes, é admitida como apta para deflagrar a ação penal.

Defende-se, pois, que o/a magistrado/a deve ter uma sensibilidade ao lidar com a problemática, verificando a confiabilidade das informações e da testemunha, ainda que por “ouvir dizer”, seja pelos detalhes fornecidos, seja pela distinção entre uma narrativa de um fato e um mero rumor. Além disso, importa compreender a realidade em que o crime foi praticado. Em áreas conflagradas pela disputada de território do tráfico de drogas, vigora a denominada "Lei do Silêncio": pende sobre os cidadãos, envolvidos ou não com a criminalidade, o medo de pagar com a vida por romper o silêncio comunitário ao externar o que se se sabe a respeito de um crime. Assim, o magistrado, ao conhecer dessa realidade, não deve peremptoriamente desprezar informações trazidas por testemunho de “ouvir dizer” tanto na etapa investigativa como na processual, de modo que, em determinadas hipóteses, seria possível admitir o recebimento de denúncia e de queixa-crime – como é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, os testemunhos de *hearsay* poderão ser confirmados no curso da instrução processual, com maior e mais profundas investigações ou com relatos de testemunhas que tenham conhecimento do crime diretamente. Nas etapas posteriores, como a pronúncia e a condenação, o posicionamento do magistrado deve, no entanto, ser mais rígido, para atender-se à garantia constitucional da presunção de inocência, não se admitindo, nesse momento, a condenação com base somente em *hearsay testimony.*

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal,** Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília, 1941.

FRAGOSO, Heleno. **Prova. Testemunho de Ouvir Dizer**. Jurisprudência Criminal, verbete n. 453. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 521-523.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro,** Revista Brasileira de Ciências Criminais 65, março-abril de 2007, Instituto Brasileiro de ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais.

INGRAM, Jefferson L. **Criminal evidence**. Routledge, 2017.

LOPES JR., Aury. **Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada.** *In* CONJUR. 30 out 2015. Disponível em**:**

MANZINI, Vicenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal-Tomo III.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa**,** 1952**.**

MIENE, Peter. PARK, Roger C., BORGIDA, Eugene. **Juror Decision Making and the Evalution of Hearsay Evidence.** *In:* Minnesota Law Review,, Vol. 76, n. 3, Fev. 1992, p. 683-702. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mnlr76&div=33&g_sent=1&casa_token=sGQ3DqlcjPEAAAAA:5h7Do620STeXcDxpCGjJJ4KlMv0M9CYO38Po_2LK-CW5NM5gFWqlbpl-OWP-zaMyo3OyKmKZUA&collection=journals> Acesso em 08 jul 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas atípicas**. *In*: **Revista de processo**. 1994. p. 114-155.

MORGAN, Edmund M. **Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept**. *In:* Harvard Law Review, Vol. 62, n. 2, Dez 1948. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hlr62&id=220&men_tab=srchresults> Acesso em 08 jul 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) **HC 397.485/RJ,** Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) **HABEAS CORPUS Nº 475.460 - PE** (2018/0279667-2) Ministra LAURITA VAZ, 28/06/2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.360.741 - DF (**2018/0235333-3) Ministro RIBEIRO DANTAS, 02/04/2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) **HABEAS CORPUS Nº 644971** - RS (2021/0041465-1) DECISÃO MONOCRÁTICA Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 12/03/2021(a)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) REsp 1924562/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 14/05/2021(b)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **AP 912**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ARE 1067392**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 01-07-2020 PUBLIC 02-07-2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) - **Inq: 4244 DF 0052728-70.2016.1.00.0000**, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/03/2021, Data de Publicação: 23/03/2021

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS) **Apelação Crime, Nº 70075102160**, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 14-12-2017

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS) **Apelação Crime, Nº 70074883810**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 31-01-2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS) **Recurso em Sentido Estrito, Nº 70083981589**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 17-09-2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS) **Apelação Criminal, nº 51092103820208210001**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 10-06-2021

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Federal Rules of Evidence.** Washington DC: US Government Printing Office, 2009. Disponível em <https://web.archive.org/web/20101008141226/http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/EV2009.pdf> Acesso em 08 jul. 2021.