

O FLAUTISTA DE HAMELIN: PARTICULARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO À PROIBIÇÃO DO HEARSAY TESTIMONY

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR¹
JAQUELINE RIBEIRO CARDOSO²
MARIZA DE SOUZA PAIVA³

1. INTRODUÇÃO

O Flautista de Hamelin é um conto infantil que descreve como um flautista, com sua melodia, livrou os moradores de Hamelin dos ratos que infestavam a cidade. O Flautista encantou os roedores, que acompanharam a melodia e se dirigiram para fora da cidade até se afogarem quando tentavam atravessar um rio. Assim como o Flautista de Hamelin, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mais precisamente a Terceira Seção que trata do Direito Penal, tem se esforçado para livrar o processo penal brasileiro das particularidades que fragilizam a qualidade da prova.

Faz parte desse esforço impedir que o testemunho indireto, reduzidamente etiquetado pelo STJ como *hearsay testimony* ou testemunho de ouvir dizer, seja um meio hábil a provar um fato ou uma circunstância. Entretanto, as referências feitas pelo tribunal ao *hearsay testimony* não observam as peculiaridades e os arranjos fático-institucionais do Direito brasileiro, tampouco se atentam aos mais de três séculos de construção da vedação ao *hearsay* no Direito norte-americano, com suas incontáveis exceções de base fático-casuística. Nesse contexto, ao se obstruir de antemão, rotulando como inadmissível todo e qualquer testemunho indireto, não importando as circunstâncias dos autos, se ignora também a importante carga valorativa desse tipo de testemunho, que é complexa e variável a partir da substância que ele carrega.

Da mesma forma que o Flautista de Hamelin livrou a cidade dos roedores que a infestavam, o STJ busca livrar o processo penal, com uma melodia encantada, dos problemas da prova no processo penal. No conto, os moradores de Hamelin prometeram ao flautista o pagamento de cem moedas de ouro, o que não se concretizou voluntariamente. No nosso caso, a sociedade, por meio dos representantes eleitos, fez a promessa de observar os precedentes qualificados, conforme artigo 927 do Código de Processo Civil (CPC). Porém será que a sociedade observará a promessa de observância do precedente do STJ sobre a (in)admissibilidade do testemunho indireto? É o que pretendemos debater.

Utilizando como marco teórico a concepção de Edmund M. Morgan (1948, p.181), que examina a origem da vedação ao *hearsay* sob a perspectiva da veracidade de um fato, buscaremos apresentar hipóteses à pergunta formulada, decompondo o que é rótulo e o que é substância.

Por fim, uma pequena advertência cabe já na introdução, pois a ideia subjacente ao sistema precedentalista brasileiro é dar máxima eficácia à função uniformizadora da interpretação da lei, o que somente é possível quando se estiver diante de uma questão de divergência de interpretação jurídica. Contudo, a construção da vedação ao *hearsay testimony* parece ser realizada a partir da base fático-casuística de suas numerosas exceções, o que traz dúvidas sobre a capacidade de aderência de eventual precedente qualificado a ser firmado pelo STJ sobre o tema.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e doutorando em Direito pela UFMG. Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça junto à Procuradoria de Justiça com atuação nos Tribunais Superiores do MPMG. Cogestor do Grupo de Atuação Estratégica junto aos Tribunais Superiores dos Ministérios Públicos do Sudeste. Cogestor do Acordo de Cooperação Técnica firmado pelo MPMG com o STJ.

² Pós-graduada em Direito Público, Direito Penal e em Direito e Ciência Política. Analista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenadora Jurídica da Procuradoria de Justiça junto aos Tribunais Superiores. Professora de graduação do curso de Direito da FEAMIG.

³ Pós-graduanda em Ciência Criminais pela PUC-Minas. Estagiária de Pós-Graduação do Ministério Público de Minas Gerais.

2. A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO

Não há consenso na doutrina quanto à origem da vedação ao *hearsay*, cuja construção se desdobrou ao longo de mais de três séculos, influenciada por diversas perspectivas de juízes e tribunais distintos.

Christopher Lloyd Sewrattan (2016, p. 7) aponta a existência de seis teorias principais que propõem investigar a origem e, principalmente, a justificativa para o desenvolvimento desta regra, elaboradas por seis estudiosos respectivos: John Wigmore, John Langbein, Richard Friedman, Edmund Morgan, H.L. Ho e Fredrick Koch. Nesse cenário, Sewrattan propõe analisar essas teorias como círculos em um diagrama de Venn, de modo que a área em que todos os círculos convergem é a fundamentação/razão histórica da regra, enquanto as áreas restantes são o resultado das diferentes teorias que enfatizam os diferentes aspectos da fundamentação (2016, p. 37).

Obedecendo aos limites teóricos a que se propõe este trabalho, não será objeto de estudo as peculiaridades de cada uma dessas teorias, mas, tão somente, provocar a reflexão de que há na doutrina debates históricos que descrevem a regra de *hearsay* sob ângulos e metodologias diferentes. Assim, visando fixar um ponto de partida para a discussão crítica desta pesquisa, utilizaremos as balizas propostas pela teoria do professor de direito da Universidade de Harvard, Edmund M. Morgan (1948, p. 181), que examina a origem da vedação ao *hearsay* a partir de uma investigação da verdade.

O professor, em trabalho intitulado “*Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept*”, afirma que a (in)admissão do testemunho de ouvir dizer originou-se a partir da apuração acerca da veracidade ou falsidade de uma proposição de fato, em que o investigador é demandado a confiar no testemunho humano (Morgan, 1948, p. 177). Morgan (1948, p.181) explica que nos países da *Common Law*, ainda sob a ótica de um sistema inquisitorial, em meados do século XVI, as partes litigantes no processo avançavam cada vez mais no sentido de levar informações ao tribunal. Isso ocasionou uma paulatina e progressiva mudança do julgador para uma postura mais passiva, enquanto a atividade probatória caminhava para as mãos das partes.

Na medida em que se estabelecia um sistema

processual predominantemente acusatório, com a construção do cenário probatório pelas partes, o *cross-examination* (exame cruzado) das provas testemunhais ganhava importante relevo na busca pela veracidade das informações prestadas em juízo. E, nesse ponto, vale fazer uma ressalva. Embora haja na doutrina inúmeras divergências teóricas a respeito do *hearsay*, Christopher Lloyd Sewrattan (2016, p. 37) afirma que todas concordam que pelo menos parte da lógica do referido instituto é a necessidade de se proceder ao *cross-examination* (Sewrattan, 2016, p. 37).

Dessa forma, além de declarar o que sabe, a testemunha deveria indicar as razões e as causas do seu conhecimento, de modo a possibilitar que a defesa pudesse exercitar o seu direito ao confronto. Assim, o intuito central do *cross-examination* é o de promover uma espécie de acareação, através do qual se busca submeter a testemunha ao contraditório das partes, de forma a tentar extrair a veracidade das informações por ela prestadas.

Na mesma perspectiva, a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabeleceu a “cláusula de confrontação”, proibindo a admissão de uma vasta gama de declarações testemunhais, sendo reconhecido o *right of confrontation* como direito fundamental essencial para a proteção da vida e da liberdade (Samia v. United States, 2023, p. 328.).

Conforme Gustavo Badaró (2014, p. 178):

A ideia central é que o *right of confrontation* impõe que todo saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.

Já no plano infraconstitucional do Direito norte-americano, o *Hearsay Testimony* é regulamentado pela *Federal Rules of Evidence* (FRE – Regras Federais de Evidências), a qual dispõe não só acerca da regra geral de sua não aceitação, como também de suas ressalvas (*nonhearsay*). De acordo com o conceito trazido pelo artigo 801 (c) da FRE, *hearsay* é uma declaração (i) diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento; e (ii) oferecida como meio de prova

para comprovar a veracidade da questão afirmada⁴.

Ana Lara Camargo de Castro (2024, p. 3), a partir de tais diretrizes, atribui ao conceito de *hearsay* as seguintes definições: (a) seja afirmação oral ou escrita, ou conduta assertiva [...]; (b) a pessoa tenha pretendido que fosse uma asserção; (c) tenha sido feita fora de audiência ou júri; e (d) a parte ofereça em juízo como prova da verdade do conteúdo da afirmação.

Com essa breve digressão histórica, aplicando o marco teórico acerca da veracidade de um fato, tal como exposto por Edmund M. Morgan, é possível compreender que a *hearsay rule* está ancorada na preocupação com a autenticação e credibilidade aferida pela prova testemunhal. Para atingir tal objetivo, deve a testemunha indicar os meios pelos quais tomou conhecimento do que afirma perante a autoridade, sob juramento, asseguradas as garantias constitucionais ao *right of confrontation* (direito ao confronto ou contraditório) e *due process* (devido processo legal) (Castro, 2024, p. 3).

3. O HEARSAY NO SISTEMA NORTE-AMERICANO: DISCIPLINA NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

A relevância jurídica do instituto para a produção probatória no âmbito do Direito norte-americano é expressa nas normativas das FRE e nos precedentes da Suprema Corte – SCOTUS.

Como já anunciado, a vedação do *hearsay* tem relação com o “perigo específico” de sua admissibilidade, diante da incapacidade dos julgadores de atestarem a sinceridade do declarante, o uso da linguagem, a memória e a percepção da declaração (Sewrattan, 2016, p. 62). A SCOTUS já se manifestou em várias ocasiões a respeito

desses perigos.

Em *Garcia v. State* (1990), um caso de abuso sexual intrafamiliar, a SCOTUS discutiu acerca da admissão do testemunho de um profissional especialista em proteção à criança, como *outcry witness*, isto é, uma pessoa maior de dezoito anos para quem a vítima primeiramente relatou e descreveu os fatos⁵. Neste caso, debateu-se dogmaticamente sobre os perigos da admissibilidade do *hearsay* para, em sequência, definir a “qualidade” do depoimento a partir de sua substância.

Destacou-se, inicialmente, a falibilidade da crença humana, mencionando as quatro categorias tradicionalmente denominadas de “perigos do *Hearsay*”. O primeiro perigo estaria relacionado à falsa impressão da realidade, um defeito na percepção, um produto lamentavelmente comum de nossas faculdades físicas e psicológicas imperfeitas. O segundo perigo estaria no fato de que mesmo uma percepção verdadeira pode levar a uma falsa crença devido aos truques da memória humana. O terceiro perigo relaciona-se a uma memória precisa, que é utilizada como evidência por outra pessoa, quando acidentalmente comunicada de forma imperfeita (obscurecida pela ambiguidade e má interpretação). Por fim, o quarto perigo relaciona-se à manipulação da memória, com a sua intencional falsificação (Estados Unidos da América, 1990).

A partir dessa concepção sobre os perigos do *hearsay*, a SCOTUS assentou a importância de se limitarem os depoimentos, em casos de abuso sexuais e psicológicos envolvendo crianças, ao primeiro relato em que a vítima narra, com precisão e detalhamento, a ocorrência do evento criminoso. Isso tudo diante da possibilidade de contaminação pelas influências sutis dos interrogatórios subsequentes (Estados Unidos da América, 1990).

Naquela oportunidade, a SCOTUS, embora tenha

4 Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

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

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

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

(tradução livre)

5 A expressão “outcry witness” se refere a uma testemunha que é a primeira pessoa a quem uma vítima reporta o crime. Essa testemunha ganha importante destaque especialmente em casos de abuso infantil ou crimes sexuais, pois pode fornecer o relato inicial e não contaminado do que a vítima relatou sobre o crime. No caso relatado, a Suprema Corte norte-americana decidiu que, embora a criança tenha contado primeiro à professora sobre o abuso do padrasto, o especialista em proteção à criança foi corretamente designado como “outcry witness” porque ele foi a “primeira pessoa” para quem a criança realmente descreveu o crime.

Conforme o TEX. CODE CRIM. PROC. art. 38.072, § 2(a)(3):

(3) were made to the first person, 18 years of age or older, other than the defendant, to whom the child made a statement about the offense or extraneous crime, wrong, or act.

atestado o testemunho do profissional que atendeu a infante como confiável, ele permaneceria inadmissível, a menos que a vítima também prestasse o seu testemunho ou estivesse disponível para dispor, de forma a possibilitar o *cross examination* (Estados Unidos da América, 1990). O que a SCOTUS fez foi aplicar uma fórmula muito conhecida entre nós, prevista no artigo 155 do CPP, que admite elementos extrajudiciais para condenação, mas desde que tais elementos não sejam exclusivos, isto é, estejam arrimados em outros elementos colhidos sobre o contraditório judicial.

Ana Lara Camargo de Castro (2024, p. 4), por sua vez, faz uma distinção a partir da carga valorativa atribuída ao testemunho indireto, admitindo o *hearsay* quando “a afirmação é oferecida pela parte como prova circunstancial e não como verdade do seu conteúdo”. Assim, a autora ressalta que a partir do próprio conceito de *hearsay* é possível identificar hipóteses de *nonhearsay*, citando como exemplo a decisão da Suprema Corte Americana em *Bridges v. States*, em que o testemunho de policiais e da mãe de uma criança vítima de abuso sexual foram admitidos como prova *circunstancial* do estado mental e autêntico conhecimento prévio da infante sobre o local dos fatos (Castro, 2024, p. 4).

Para além das declarações que escapam ao conceito de *hearsay*, a própria *Federal Rules of Evidence* contempla extensa lista de exceções. No entanto, não

sendo o objetivo deste trabalho aprofundar-se em todas elas, cabe mencionar, apenas de maneira exemplificativa, duas das principais exceções para as quais o Superior Tribunal de Justiça vem sendo instado, pelo Ministério Público brasileiro, a se debruçar.

A *Rule 804* dispõe expressamente acerca do *Declarant Unavailable* (declarante indisponível), 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 que o obriga a depor; c) atesta não se recordar do assunto; d) não pode estar presente ou testemunhar no julgamento ou audiência, em virtude de morte ou por enfermidade, doença física ou mental; e) está ausente do julgamento ou da audiência e a parte não foi capaz, por processo ou por outros meios razoáveis, de apresentar a testemunha, incluída, nessa hipótese, a declaração oferecida contra a parte que causou indevidamente a indisponibilidade do declarante (*forfeiture by wrongdoing*).⁶

Em mais de uma oportunidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu como exceção à regra de *hearsay* o testemunho indireto nos casos em que o declarante não está disponível. Em *Berkman v. States* (2012), a Corte julgadora estabeleceu como teste para determinar a indisponibilidade de uma testemunha a exigência de que tenha havido um esforço de boa-fé, pelas autoridades

6 Rule 804. Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable

Primary tabs

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

- (1) is exempted from testifying about the subject matter of the declarant's statement because the court rules that a privilege applies;
- (2) refuses to testify about the subject matter despite a court order to do so;
- (3) testifies to not remembering the subject matter;
- (4) cannot be present or testify at the trial or hearing because of death or a then-existing infirmity, physical illness, or mental illness; or
- (5) is absent from the trial or hearing and the statement's proponent has not been able, by process or other reasonable means, to procure:

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

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

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

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

(1) *Former Testimony.* Testimony that:

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

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

direct, cross-, or redirect examination.

[...]

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

acusatórias, para garantir a sua presença no julgamento⁷.

Assim, um dos *standards* para admissibilidade do testemunho indireto como prova hábil de um fato em matéria criminal surge quando a vítima não é encontrada, após esgotados todos os esforços razoáveis e de boa-fé, para reiterar o seu depoimento em juízo.

Noutro vértice, em *Davis v. Washington* (2006), a Suprema Corte norte-americana reiterou a sua jurisprudência ao afirmar que a regra de exceção de má conduta (*forfeiture by wrongdoing*) extingue reivindicações de confronto por motivos essencialmente equitativos, ou seja, quem obtém a ausência de testemunha por meio ilícito perde o direito constitucional ao confronto.

Vê-se, portanto, que no âmbito do direito norte-americano, a regra de vedação ao *hearsay* é aplicada sempre em observância às peculiaridades do caso concreto, e conforme a extensa normatização das exceções em que será admitido. Assim, é de fundamental importância a compreensão de que o *hearsay* é precipuamente uma questão de fato, e não de interpretação objetiva de norma jurídica.

4. A PROVA DE OUVIR DIZER NO DIREITO BRASILEIRO

A prova testemunhal de ouvir dizer tem ganhado relevo no cenário jurídico brasileiro recentemente, em especial diante das decisões do Superior Tribunal de Justiça que tem considerado, *a priori* e de maneira absoluta, esta espécie probatória como inidônea a provar um fato ou circunstância no processo penal.

Entretanto, o depoimento de ouvir dizer não é vedado pelo legislador nacional, que não faz distinção entre as espécies testemunhais direta e indireta, não havendo limitação ao que o depoente venha a declarar,

se conheceu em primeira pessoa ou não, traço distintivo que nos afasta da limitante *exclusionary rule* do Direito norte-americano. A lei penal brasileira determina que o depoimento testemunhal será admitido sempre que interessar à decisão (Castro, 2017), ou seja, deveria valer a sua substância e não o seu rótulo ou etiqueta⁸. Etiquetar como inadmissível, de antemão, todo e qualquer depoimento indireto ignora a carga valorativa que ele porventura, a depender do caso concreto e de sua substância, pode carregar.

Apesar de cristalino que a disciplina legal brasileira impõe a liberdade probatória, não impedindo de antemão qualquer meio de prova legitimamente apresentado, a doutrina e a jurisprudência ainda divergem sobre a admissibilidade do *hearsay testimony*.

Nucci (2024), por exemplo, afirma que o testemunho de ouvir dizer é testemunho autêntico e que, por vezes, pode ser de maior utilidade o relato de uma testemunha indireta, que ouviu algo relevante e preciso de outra pessoa, do que o testemunho de quem presenciou o fato, mas é contraditório, pobre de elementos e inútil.

De outro lado, parte da doutrina, a exemplo de Gustavo Henrique Badaró (2014, p. 185), sustenta que testemunho de ouvir dizer não deve ser aceito, porquanto constitui prova frágil, além de apresentar inconveniente como ausência de contato com a testemunha direta, violando o contraditório e ampla defesa.

No âmbito jurisprudencial, a partir de 2020, as duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), salvo raras exceções⁹, têm se manifestado pela insubsistência do depoimento do *hearsay testimony* para fundamentar a pronúncia, a condenação do acusado ou amparar a denúncia, sob o argumento principal de que se trata de depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, bem como pelo fato de o acusado não ter como refutar, com eficácia,

⁷ "In several cases the United States Supreme Court has discussed the test for determining the unavailability of a witness. It stated a witness is not unavailable unless prosecutorial authorities make a good-faith effort to secure his presence at trial. *Ohio v. Roberts* (1980), 448 U.S. 56, 100 S.Ct. 2531, 2543, 65 L.Ed.2d 597; *Berger v. California* (1969), 393 U.S. 314, 315, 89 S.Ct. 540, 541, 21 L.Ed.2d 508; *Barber v. Page* (1968), 390 U.S. 719, 88 S.Ct. 1318, 1322, 20 L.Ed.2d 255. (Emphasis supplied). If no possibility of procuring the witness's attendance exists, "good faith" demands nothing of the prosecution; however, if there is even a remote possibility affirmative measures will be successful, good faith may demand their effectuation. *Ohio, supra*. The extent to which the prosecution must go to produce a witness is a question of reasonableness. *Id.*

Bartruff v. State, 528 N.E.2d 110, 113-14 (Ind.Ct.App.1988)."

⁸ Art. 203, CPP: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

⁹ (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.102.669/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 2/10/2023; AgRg no HABEAS CORPUS Nº 813150/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/5/2023, DJe de 8/5/2023; AgRg no AREsp n. 2.123.372/SE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023; AgRg no HC n. 681.958/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022;)

o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.¹⁰

O que se verifica é que o STJ, a partir de uma importação de um instituto do direito norte-americano, vem tolhendo por completo a admissibilidade do testemunho de ouvir dizer, sem qualquer análise acerca da substância do referido testemunho nos casos concretos. Além disso, ao assim proceder, desconsidera que até mesmo no direito norte-americano a regra do *hearsay* não é absoluta, havendo, além das exceções legais, inúmeros casos decididos pelos tribunais, que aumentam significativamente as possibilidades fático-concretas de excepcionar a regra.

Essa transposição acrítica de ideias, sem observar as particularidades e os arranjos institucionais brasileiros, merece cautela. Por exemplo, nos crimes sexuais, é relativamente comum que os abusadores atuem sobre a vítima para alterar a versão dos fatos, naquilo já abordado pelo STJ como *síndrome do segredo*¹¹.

Já nos crimes dolosos contra a vida, cometidos no contexto de tráfico de drogas, é igualmente comum que os acusados atuem para impedir que testemunhas venham em juízo. Nessas duas situações, o testemunho de ouvir dizer, a depender da sua substância e confiabilidade, não pode ter seu valor aniquilado.

Assim, deve-se atentar que os contextos jurídicos, políticos e sociais de outros países são diferentes dos nossos, de modo que a utilização de institutos estrangeiros, notadamente daqueles países em que vigoram a *common law*, pode gerar resultados distintos e até mesmo equivocados. O ministro Luiz Fux, ao julgar a medida cautelar na ADI 6299, já advertia sobre os riscos de se adotar a estratégia conhecida como *cherry-picking* ("catador de cerejas"), consistente no uso retórico do Direito comparado, sem se atentar para as peculiaridades do direito doméstico.¹²

Assim, a proibição ao *hearsay testimony*, sem qualquer distinção sobre suas modalidades, sem analisar sua substância, ou seja, se se trata de um mero boato ou de um depoimento rico em detalhes e de confiabilidade

extrema, rotulado como *absolutamente inadmissível* em toda e qualquer hipótese, induz o julgador a uma atuação mecanicista. E esta atuação mecanicista diante de um mundo fenomênico tão complexo limita a atividade judicante em matéria de fato, e, decerto, impedirá a aderência de eventual precedente qualificado sobre o tema.

Desse modo, embora a vedação ao *hearsay testimony* seja um importante ponto de partida para elevar o *standard* probatório no processo penal, não pode ser ele, isoladamente, a linha de chegada. O que se quer dizer é que há uma presunção de fragilidade do *hearsay testimony*, mas essa presunção pode ser elidida a depender do caso concreto, da substância do depoimento, da sua confiabilidade, da natureza do fato ou circunstância que pretende demonstrar, etc.

Apesar dessa fase de necessária maturação estar, ainda, em processo de estruturação, não tendo o Superior Tribunal de Justiça se debruçado sobre o instituto em toda a sua inteireza, especialmente diante da ausência de decisões que discorrem de maneira mais profunda sobre as exceções de base fática à vedação do *hearsay*, fato é que o tribunal afetou a questão, tendo a controvérsia recebido o rótulo de Tema 1260. No REsp 2.048.687, causa piloto que encuba a controvérsia, o STJ discutirá se, nos termos do artigo 155 do CPP, o testemunho indireto, ainda que colhido em juízo, constitui ou não, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia, desconsiderando que o tema não admite uma regra geral objetiva, por demandar uma análise casuística.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reduccionismos são sempre perigosos. A questão da prova no processo penal não pode ser reduzida a uma perspectiva binária que rotula o *hearsay testimony* pela sua capa e, após tal etiquetamento, o meio de prova é simplesmente descartado sem qualquer reflexão sobre sua substância.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, apresentamos a questão sob o marco teórico da veracidade de um fato na concepção de Edmund M.

¹⁰ AgRg no HC n. 755.217/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 6/10/2023

¹¹ Consoante destacado pelo ministro Ribeiro Dantas, no julgamento do AgRg no AREsp 951071/PI, publicado no dia 11/10/2017, no qual cita trecho de decisão anterior proferida no REsp 1.066.724/DF, "fenômeno bastante comum em casos de violência sexual intrafamiliar é o da 'síndrome do segredo', que ilustra o modo pelo qual crianças e adolescentes vitimados (e até mesmo as famílias) permanecem em silêncio, diante da fragilidade física, e principalmente psicológica, podendo, até mesmo, incorrer em retratação do que um dia foi revelado." (AgRg no AREsp 951.071/PI, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

¹² ADI 6299. Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 24/8/23.

Morgan, que nada mais é que olhar o meio de prova a partir de sua confiabilidade. Nesse sentido, há uma presunção, um ponto de partida, de que o *hearsay testimony* é uma prova mais frágil, seja porque não colhida diretamente pelos sentidos do depoente, seja ainda porque, não sendo colhida diretamente, obstaculiza o exame cruzado das partes.

Entretanto, a questão deve ser tratada como ela é, nem mais, nem menos; se há uma presunção é porque ela pode ser elidida a depender das circunstâncias dos autos. E isso não é nenhuma novidade, pois expressada em mais de três séculos de construção das exceções à vedação do *hearsay testimony* no Direito norte-americano, alicerçadas tanto na *Federal Rule of Evidence* quanto na jurisprudência dos tribunais daquele país.

Nesse contexto, tem-se desconsiderado que o *hearsay* não é uma questão objetiva, mas um elemento de prova cuja análise é amplamente casuística, o que faz com que a questão não possa ser julgada sobre o rito dos recursos repetitivos. E, nesse sentido, não se pode atribuir ao *hearsay*, de forma conclusiva e determinante, o rótulo de prova ilegítima e inapta a gerar efeitos probatórios, sem a análise minuciosa do caso concreto.

6. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 9, p. 152-215, abr. 2014. Disponível em: <https://www.badaroadvogados.com.br/gustavo-badaro-a-utilizacao-da-hearsay-witness-na-corte-penal-internacional-estudo-sobre-sua-admissibilidade-e-valoracao-ano-2014.html>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AgRg no AREsp n. 2.102.669/MG**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, relatora para o acórdão: Min. Laurita Vaz, julgado em 19/9/2023, DJe de 2/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no HABEAS CORPUS Nº 813150/MG**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 3/5/2023, DJe de 8/5/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no AREsp n. 2.123.372/SE**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no AREsp n. 951.071/PI**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgRg no HC n. 681.958/AL**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6299**. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 24/8/23.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Hearsay Tropicalizado - a dita prova por ouvir dizer*. 2024. **Professor Douglas Fischer – PDF**, Brasília, abr. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/hearsay-tropicalizado-a-dita-prova-por-ouvir-dizer/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. Court of Appeals for The First District of Texas. Aaron Philip Fernandez, Appellant v. The State of Texas, Appellee. On Appeal from the 177th District Court. Harris County, Texas. Trial Court Case No. 1609682. No. 01-21-00541-CR. Houston, 2023. Disponível em: <https://cases.justia.com/texas/first-court-of-appeals/2023-01-21-00541-cr.pdf?ts=1685623393>. Acesso em: 01 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. Berkman v. State of Indiana. Court of Appeals of Indiana. 976 N.E. 2d 68, 76. 4 set. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/berkman-v-state-2/case-details>. Acesso em: 1 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. Davis v. Washington. 547 U.S. 813, 126 S. Ct. 2266. Argued March 20, 2006. Decided June 19, 2006. Disponível em: <https://casetext.com/case/davis-v-washington-4#p832>. Acesso em: 30 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DAAMÉRICA. **Suprema Corte**. GARCIA, Mickey Dean, Appellant, v. STATE of Texas, Appellee. Court of Criminal Appeals of Texas, En Banc. Publicado em 20 de junho de 1990. 792 S.W.2d 88. Tex. Crim. App. 1990. Disponível em: <https://casetext.com/case/garcia-v-state-508/?q=hearsay%20dangers%0A&sort=relevance&p=1&type=case&tab=keyword&jxs=>. Acesso em: 30 jun. 2024.

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

LOUREIRO, Ithalo Frota. A prova do *hearsay* (ouvir dizer) no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. In: **XXII Congresso Nacional do Ministério Público**. 2017. Disponível em: <https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/90.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

MORGAN, Edmund M. *Hearsay dangers and the*

application of the hearsay concept. **Harvard Law Review**, v. 62, n. 2, p. 178-219, dez. 1948. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1336433>. Acesso em: 10 jun. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 24. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico** - De acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. 1. ed. Florianópolis: Editora Emais, 2021.

Samia v. United States. **Harvard Law Review**, v. 137, n. 1, nov. 2023. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-137/samia-v-united-states/#:~:text=United%20States,-Volume%20137&text=The%20Sixth%20Amendment%20Confrontation%20Clause,that%20bear%20testimony%20against%20them>. Acesso em: 10 jun. 2024.

SEWRATTAN, Christopher Lloyd. **Lost in**

Translation? The Difference Between Hearsay Rule's Historical Rationale and Practical Application. Dissertação (Mestrado em Direito) - Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, 2016. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=llm>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça**. **Professor Douglas Fischer - PDF**, Brasília, mar. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 29 abr. 2024

TELES, Lara Fernandes. **Prova testemunhal no Processo Penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2 ed. Florianópolis: Editora Emais, 2020.

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