

EMENTA: NOTA TÉCNICA DO CNPJ SOBRE O TEMA 1.260 DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A VIDA. PRONÚNCIA. INDÍCIOS E FONTES DE PROVA. DIFICULDADES E RISCOS DA FIXAÇÃO DE TEMA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO ABSTRATA DA QUESTÃO. ELEMENTOS EXCLUSIVOS DO INQUÉRITO. EXCEPCIONALIDADE PREVISTA EM LEI. DEPOIMENTO INDIRETO. ADMISSIBILIDADE. CRITÉRIO DE FIABILIDADE OU CREDIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

I. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

- (1) Verificar se a controvérsia relativa aos meios de prova admissíveis e suficientes para pronúncia deve ser solucionada na casuística ou se pode ser decidida em termos abstratos por meio de Tema de Recursos Especiais Repetitivos;
- (2) Verificar se a pronúncia pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial;
- (3) Verificar se o testemunho indireto é prova imprestável para a pronúncia ou se deve ser admitido e valorado no caso concreto por meio de critérios de fiabilidade ou credibilidade.

II. RAZÕES DA NOTA TÉCNICA

- (1) A suficiência dos indícios para a pronúncia deve ser avaliada no caso concreto, não se mostrando possível e adequada a fixação de tema para definir a questão em termos abstratos.
 - (2) Os elementos informativos colhidos no inquérito, isoladamente considerados, são insuficientes para pronúncia, mas podem ser valorados no contexto probatório, especialmente quando harmônicos com as provas dos autos, inclusive as cautelares, não repetíveis e antecipadas (artigo 155, *caput*, do CPP).
 - (3) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em regra, considera o testemunho indireto como insuficiente para a pronúncia, mas o tem admitido em algumas situações, como nos casos de prova irrepitível pelo falecimento da vítima ou testemunha (AgRg no AgRg no HC n. 813.150/MG, AgRg no AREsp n. 1.609.833/RS, HC n. 360.574/RS, AgRg no AREsp n. 2.413.849/MG, REsp n. 1.443.968/MG), homicídio praticado por milícia (AgRg no HC 810692/RJ), homicídio praticado por organização criminosa que atua em atividade típica de grupo de extermínio (AgRg no AREsp 2598643 / MG e AgRg no HC n. 810.692/RJ), depoimento de policiais e familiares compatíveis laudos periciais e versão da pessoa acusada (AREsp n. 2.520.039/DF), depoimento de policiais que apuraram homicídio praticado por e contra pessoa em situação de rua, que foi testemunhado por indivíduos em igual situação (AREsp 2517235/BA, julgado em 18/2/2025, acórdão pendente de publicação).
-

- (4) Sob pena de incorrer em *cherry picking*, ou seja, na importação seccionada de instituto limitador dos meios de prova, não é adequado importar o conceito de *hearsay testimony* do direito norte-americano como “depoimento indireto”, muito menos evocá-lo sem considerar as inúmeras exceções à sua inadmissibilidade no país de origem.
- (5) Caso o Superior Tribunal de Justiça entenda possível a definição do tema em termos abstratos, espera-se que, na esteira de precedentes já citados, autorize as instâncias ordinárias a validarem o testemunho indireto por meio da análise de sua fiabilidade ou credibilidade, especialmente nos casos de prova irrepitível, em que a acusação demonstrou que se desincumbiu do ônus de tentar trazer ao juízo a pessoa de quem se pretende colher o depoimento, ou quando o próprio acusado, por sua má conduta, impediu que a pessoa viesse a juízo (*forfeiture by wrong-doing*).

IV. TESES

- (1) A suficiência dos indícios para a pronúncia deve ser avaliada no caso concreto, não se mostrando possível e adequada a fixação de tema para definir a questão em termos abstratos.
- (2) Os elementos informativos colhidos no inquérito, isoladamente considerados, são insuficientes para pronúncia, mas podem ser valorados no contexto probatório, especialmente quando harmônicos com as provas dos autos, inclusive as cautelares, não repetíveis e antecipadas.
- (3) A palavra de testemunhas ou vítimas não mais encontradas em função de demonstrado contexto de medo de sofrerem represaria por parte de grupos criminosos (“facções criminosas”) é de natureza irrepitível, haja vista a imposição de “lei do silêncio” por estes grupos, como também pelo fundado receio daqueles em, inclusive, serem mortos caso novamente colaborem para a persecução penal.
- (4) O testemunho indireto, quando dotado de fiabilidade por sua coerência interna e externa, pode ser admitido para a pronúncia, sobretudo nos casos de prova irrepitível, em que a acusação demonstrou que se desincumbiu do ônus de tentar trazer ao juízo a pessoa de quem se pretende colher o depoimento, ou quando o próprio acusado, por sua má conduta, impediu que a pessoa viesse a juízo (*forfeiture by wrong-doing*).

Dispositivos relevantes e jurisprudência citadas: artigos 155, 203, 214, 226, 413 e 473, § 3º, todos do CPP; AgRg no HC n. 813.150/MG, AgRg no HC 810.692/RJ, AREsp n. 2.520.039/DF, AREsp 2517235/BA, AgRg no HC nº 908.945/DF, AgRg no HC n. 813.150/MG, HC n. 360.574/RS, REsp n. 2.046.906/SP, AgRg no AREsp n. 1.609.833/RS, HC n. 360.574/RS, AgRg no AREsp n. 2.413.849/MG, REsp n. 1.443.968/MG.



O CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO – CNPG vem apresentar Nota Técnica acerca da questão submetida a julgamento no REsp 2.048.687/BA – Tema Repetitivo 1260.

I. INTRODUÇÃO

Trata-se de Nota Técnica que tem como objeto abordar a questão submetida a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça no REsp 2.048.687/BA – Tema Repetitivo 1260, no sentido de *“definir a) se, nos termos do art. 155 do CPP, a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial; b) se o testemunho indireto, ainda que colhido em juízo, não constitui, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia.”*.

II. A DIFICULDADE E OS RISCOS DE DEFINIÇÃO ABSTRATA DA QUESTÃO POR MEIO DE TEMA DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

Embora seja louvável a intenção desta 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça de definir o maior número possível de Temas de Recursos Especiais Repetitivos, é necessário considerar que certas controvérsias são de difícil definição e abrangência em termos abstratos por exigirem aprofundada análise de nuances fáticas.

Veja-se, por exemplo, recente decisão de cancelamento da afetação do Tema 1.227 (REsp n. 2.046.906/SP), no qual se pretendia *“definir se a tipificação do crime de roubo exige que a violência empregada seja direcionada à vítima ou se também abarca os casos em que a violência tenha sido empregada contra um objeto, com o intuito de subtrair o bem”*.

Ao votar pela desafetação do Tema, o Ministro Og Fernandes fez importantes ponderações sobre a dificuldade e os riscos de definição de temas em direito penal e processual penal:

Faço tal menção para frisar que reconheço a importância da fixação de novas teses, ao tempo em que compreendo a necessidade de este colegiado encontrar, na típica atuação colaborativa que caracteriza o trabalho deste Tribunal Superior, meios de remover os desafios adicionais que parecem existir na afetação de temas de direito criminal.

Um desses desafios, talvez reconhecido pelos nobres pares, está relacionado à natureza do que julgamos: a casuística é fator muito mais

fértil em matéria penal, seara na qual um pequeno detalhe pode ser a diferença entre a liberdade e o cárcere de um indivíduo e na qual a hermenêutica obedece a caminhos estritos e aptos a garantir a proteção do indivíduo ante o poder punitivo estatal.

Lidando com garantia fundamental especialíssima, a delicada jurisdição penal tende a ser sempre mais artesanal.

Ainda assim, registro não possuir receio de que a definição de teses em precedentes vinculantes gere aplicação indevida pelas muito operosas instâncias ordinárias, até porque o processo penal parece oferecer especial mecanismo de controle da correta aplicação dos temas, ao menos em tese, por dispor do habeas corpus.

O que importa – e esse é o desfecho que parece oportuno – é salientar que o encontro da melhor técnica, que auxilie as instâncias originárias a conhecer, compreender e bem usar os precedentes vinculantes, impõe a definição de teses não apenas necessárias, claras e precisas, mas também atentas às possíveis tensões que os precedentes vinculantes podem trazer à aplicação casuística da lei por todos os juízos e tribunais.

No caso em debate, também parece inviável definir, de modo claro e objetivo, i) todas as circunstâncias em que os elementos do inquérito serão suficientes para a pronúncia, pois a própria lei estabelece hipóteses em que são suficientes até mesmo para a condenação – artigo 155, *in fine*, do CPP; ii) todas as hipóteses em que o depoimento indireto será admitido para a pronúncia, pois a sua idoneidade e fiabilidade somente podem ser avaliados no caso concreto.

Caso o Superior Tribunal de Justiça entenda possível a definição do tema em termos abstratos, espera-se que, na esteira de precedentes que serão citados nesta Nota Técnica, autorize as instâncias ordinárias a validarem o testemunho indireto por meio da análise de sua fiabilidade ou credibilidade, especialmente nos casos de prova irrepetível, em que a acusação demonstrou que se desincumbiu do ônus de tentar trazer ao juízo a pessoa de quem se pretende colher o depoimento, ou quando o próprio acusado, por sua má conduta, impediu que a pessoa viesse a juízo (*forfeiture by wrong-doing*).

III. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. O dispositivo tem razão de ser na necessidade de que a parte que sofrerá a incidência da norma jurídica decorrente da sentença tenha participado da formação dessa norma. Enquanto, por exemplo, o destinatário da norma de um contrato participa da sua formação pela manifestação de vontade, tem-se que o destinatário de uma sentença condenatória participa da sua formação pelo contraditório no devido processo legal.

Também é do art. 155 que se extrai a afirmação de que a prova pressupõe o (i) contraditório (atual ou postergado) e (ii) a apreciação do Poder Judiciário, de modo que elementos colhidos no inquérito sem contraditório, isoladamente considerados, não caracterizam prova que possa servir a uma condenação legítima. Já as provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas preenchem o conceito de prova, mesmo que sejam produzidas na fase pré-processual, pois, em algum momento, são submetidas ao contraditório e à apreciação judicial.

É certo que não pode haver **condenação** com base, apenas, em elementos de informação (e não provas). Além disso, ainda que o *standard* probatório da pronúncia seja inferior ao exigido para condenação, pode-se afirmar que, também para a **pronúncia**, é legítimo exigir a presença de provas, de modo que simples elementos de informação, isoladamente considerados, são insuficientes para pronúncia. Entender de forma diversa seria o mesmo que transformar a primeira fase do rito escalonado do Júri em uma burocracia dispensável.

Apesar disso, é certo que os elementos de informação colhidos sem contraditório podem ser considerados para fins de condenação (e, conseqüentemente, para pronúncia) quando corroborarem outras provas colhidas sob o crivo do contraditório perante o Poder Judiciário. Imagine-se, por exemplo, uma testemunha ouvida somente no inquérito policial, mas que trouxe um relato que foi integralmente corroborado pelo laudo cadavérico, juntado posteriormente aos autos, no que tange à quantidade de golpes, local dos golpes e instrumento utilizado. Neste caso, o Poder Judiciário poderá considerar o depoimento extrajudicial em conjunto com as demais provas, principalmente o laudo cadavérico, para fins de pronúncia.

Outro ponto que deve ser levado em consideração no presente tópico é o efeito do tempo sobre a memória da testemunha. O Superior Tribunal de Justiça¹ tem o correto entendimento de que, em relação ao reconhecimento de pessoas, o ato de reconhecimento que é realizado logo depois do fato merece maior credibilidade do que aquele realizado tempos depois, já no curso do processo. Essa mesma lógica também deve se fazer presente em relação à prova oral.

Portanto, é correto afirmar a essencialidade do contraditório para o devido processo legal, mas também é certo que os elementos de informação colhidos no inquérito policial, com intervalo de tempo menor entre o fato e a coleta do dado, também merecem credibilidade em razão da maior qualidade da memória das pessoas. A consequência dessa conclusão é a de que os elementos de informação colhidos no inquérito podem e devem ser sopesados pelo juízo para fins de pronúncia, desde que exista, como já se disse, prova da materialidade e da autoria com a intensidade necessária para levar o réu a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça confia, com razão, na ciência da psicologia do testemunho a ponto de rever seu consagrado entendimento a respeito da observância do rito estabelecido no art. 226 do CPP para o reconhecimento pessoal, o que se espera é que a Corte também renda crédito ao depoimento colhido na fase de investigação.

IV. POSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA COM BASE EM TESTEMUNHO INDIRETO

4.1. *Hearsay testimony* nos EUA

Uma advertência inicial é válida: a regra que veda o *hearsay testimony* e as exceções a essa regra são de compreensão difícil até mesmo pelos norte-americanos, como aponta Fenner, que diz que tais regras são extremamente difíceis e complicadas de serem compreendidas e aplicadas adequadamente (se é assim nos EUA, o que dizer de transplantar essa regra para o Brasil?):

“[...] These rules are too difficult, too complicated, too hard for mere mortals such as ourselves to be able to apply them except to the most

1 “[...] o reconhecimento da vítima ocorreu no mesmo dia do fato criminoso, sendo ratificado em juízo pouco tempo depois, oportunidades nas quais a vítima apontou, com riqueza de detalhes, ser o réu o autor do delito, o que enfraquece a tese defensiva de que tenha havido falhas e equívocos advindos da memória humana (falsa memória).” (AgRg no HC n. 663.844/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 1/6/2021.)

routine situations – clearly too hard to be applied at de moment during trial;”²

Nos Estados Unidos da América, referida regra probatória veda, *a priori*, o chamado *hearsay testimony*. Diz-se vedação *a priori* porque foram construídas diversas exceções a essa regra, algumas das quais serão vistas adiante. As *Federal Rules of Evidence* trazem os seguintes conceitos (tradução livre) para a compreensão do tema:

a) *Statement* → é uma afirmação oral ou escrita, ou uma conduta não verbal de uma pessoa que pretenda que essa conduta não verbal seja uma afirmação (ex.: assentir ou negar com a cabeça);

b) *Declarant* → pessoa que faz a afirmação;

c) *Hearsay* → é uma declaração (*statement*) feita *out of Court*, ou seja, fora do julgamento ou audiência, oferecida como forma de provar a veracidade da questão afirmada. Em meio a várias hipóteses que não configuram *hearsay*, pode-se destacar, de plano, que se a declaração não for oferecida no acervo probatório dos autos como prova da verdade da afirmação, estar-se-á diante de *nonhearsay*. É o caso, por exemplo, das declarações oferecidas para provar o efeito causado no ouvinte ou o estado mental do declarante, bem como daquelas oferecidas para questionar a credibilidade de uma testemunha.

Em outras palavras, se Fulano afirma para Beltrano, fora do Tribunal, que a porta da casa estava trancada na noite de 15 de janeiro, mas é Beltrano que comparece em Juízo para afirmar o que Fulano lhe disse, e, além disso, a parte oferece o depoimento de Beltrano em juízo como prova da verdade do conteúdo da afirmação feita por Fulano, trata-se de testemunho de ouvir dizer (*hearsay testimony*).

A parte final da letra “c” posta acima é fundamental para definir *hearsay testimony* e evitar confusões. Para tanto, retoma-se o exemplo do Fulano e do Beltrano já referido. Somente será *hearsay testimony* se a parte oferecer Beltrano em juízo como prova da verdade do conteúdo da afirmação feita por Fulano, ou seja, como prova de que a porta estava fechada na noite de 15 de janeiro. Se, em

2 FENNER, G. Michael. Law Professor Reveals Shocking Truth About Hearsay. University of Missouri – Kansas City Law Review, Vol. 62, n. 1, p. 96, 1993. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1518631>>. Acesso em: 23 fev. 2025.

vez disso, o desejo da parte for fazer prova, em juízo, de que Fulano fez a afirmação (que Fulano disse o que disse), então o depoimento de Beltrano não será *hearsay testimony*.

Nos Estados Unidos da América, a partir da preocupação com a autenticação e a credibilidade da prova testemunhal, o *hearsay testimony* é tema de admissibilidade e não de valoração da prova, de modo que, se a declaração for considerada *hearsay testimony* e não incidir nenhuma exceção à regra que veda o *hearsay*, o relato dessa testemunha não poderá, *a priori*, compor o conjunto de provas sobre o qual recairá a atividade de valoração judicial da prova. Aceitar tal prova seria violar o *right of confrontation* (que, no Brasil, tem como correlato o direito à produção de provas em contraditório³), que se exercita especialmente por meio do exame cruzado⁴.

O fundamento é epistemológico: a dialética e o ato das partes de confrontar a testemunha que teve contato direto com os fatos é que permitem a maior aproximação da verdade no processo. No entanto, a partir de casos concretos, verificou-se (e ainda se verifica) que há situações, conforme retromenciado, de *nonhearsay* e, para além disso, há também diversas exceções à regra da vedação de *hearsay*.

Exemplo de *nonhearsay*, como já visto, é aquele em que a afirmação é oferecida pela parte como prova circunstancial⁵, ou seja, como prova de fato lateral, mas conexo ao fato principal⁶. No caso *Bridges v. States*, relativo a abuso sexual de criança, a Suprema Corte Americana aceitou testemunhos de policiais e da genitora relatando os detalhes do quarto do suspeito e de objetos no interior do quarto que foram descritos pela criança para os policiais e para a mãe. O fato principal era o abuso sexual praticado pelo suspeito; o fato circunstancial era o conhecimento que a criança vítima

-
- 3 CARVALHO JUNIOR, Alderico de; CARDOSO, Jaqueline Ribeiro; PAIVA, Mariza de Souza. O flautista de Hamelin: particularidades do direito brasileiro à proibição do *hearsay testimony*. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Edição especial CAOCRIM Direito Penal, Processual Penal e Ciências Criminais Afins, 2024, p. 128. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/EB/D3/F3/F9/7D7B391041383A19760849A8/MPMG%20Juridico%20-%20CAOCRIM%205.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2025.
 - 4 BADARÓ, Gustavo. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236103>>. Acesso em: 30 jun. 2015.
 - 5 CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Hearsay tropicalizado – a dita prova por ouvir dizer*. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, v. 6, p. 241, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/38608204/Hearsay_tropicalizado_a_dita_prova_por_ouvir_dizer>. Acesso em: 23 fev. 2025.
 - 6 Vide, no processo penal brasileiro, o conceito de indício: “Art. 239. *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*”

tinha de detalhes do quarto e de objetos do quarto do suspeito, dados esses que foram informados pela criança aos policiais e à mãe durante as investigações.

Passando-se às exceções à regra que veda *hearsay testimony*, há muito destaque às situações de espontaneidade, em que a proximidade entre o tempo do ocorrido sobre o qual se depõe e a declaração proferida afastam a ideia de fabricação de uma versão. De igual sorte, é o tratamento conferido às declarações decorrentes da excitação imediata causada pelo evento.

É o que se extrai do art. 803 da FRE⁷, que admite as declarações feitas em estado de estresse ou choque relacionado a um evento assustador. Exemplo disso é citado por Ana Lara Camargo de Castro:

“[...] como se vê em People v. Brown xxxii , caso de homicídio em que foram admitidos em juízo os depoimentos da mãe e do tio da vítima relatando suas falas após ser alvejada por disparos de arma de fogo, bem como ao policial, trinta minutos mais tarde, ou em People v. Brooks caso de homicídio em foram admitidas as declarações da vítima em resposta às perguntas da enfermeira no hospital cerca de duas horas após o crime;”⁸

Cita-se, ainda, o art. 804, “b”, 6^o, das FRE, que admite o testemunho de relato oferecido contra a parte responsável pela indisponibilidade da testemunha direta. Exemplo disso acontece quando o réu mata a testemunha ocular, mas essa testemunha ocular, antes de ser assassinada, contou o que sabia para um amigo. Nessa situação, o depoimento desse amigo da testemunha assassinada será admitido no processo.

Ainda em relação à exceção de indisponibilidade do declarante, Carvalho Jr., Cardoso e Paiva citam o caso *Berkman v. States*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu como “*teste*

7 Rule 803. Hearsay Exceptions; Availability of Declarant Immaterial. The following are not excluded by the hearsay rule, even though the declarant is available as a witness: [...] (2) Excited utterance. A statement relating to a startling event or condition made while the declarant was under the stress of excitement caused by the event or condition.

8 CASTRO, Ana Lara Camargo de. Hearsay tropicalizado – a dita prova por ouvir dizer. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, v. 6, p. 241, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/38608204/Hearsay_tropicalizado_a_dita_prova_por_ouvir_dizer>. Acesso em: 23 fev. 2025.

9 (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.

para determinar a indisponibilidade de uma testemunha, a exigência de que tenha havido um esforço de boa-fé, pelas autoridades acusatórias, para garantir a sua presença no julgamento”¹⁰.

Percebe-se que a razão de ser das exceções é a mesma razão de ser da regra: credibilidade do relato. É dizer: como regra, veda-se hearsay testimony por falta de credibilidade, mas nas situações concretas em que o relato for dotado de credibilidade, excepciona-se a regra. As inúmeras exceções construídas ao longo do tempo nos EUA são situações em que, apesar de ontologicamente se enquadrarem no conceito de *hearsay*, o sistema norte-americano aceita a produção da prova por ser epistemologicamente interessante, ou seja, por ser importante para o esclarecimento dos fatos no processo.

São tantas as exceções à regra que veda o *hearsay* nos Estados Unidos que Fenner afirma que, em verdade, a regra não é a inadmissibilidade do *hearsay*, mas sim sua admissibilidade, exceto quando a declaração for particularmente desnecessária ou não confiável.¹¹

Até aqui, foram tecidas algumas considerações sobre *hearsay testimony*. Na seção seguinte, será abordada a testemunha indireta no processo penal brasileiro. Mas, antes de avançar, é importante ressaltar que, no presente texto, evitou-se traduzir “*hearsay testimony*” como “testemunho indireto”. Isso porque as traduções jurídicas não podem ser feitas apenas com base na linguagem (fosse assim, um professor de inglês e português poderia traduzir, sem equívocos, as FRE), eis que há todo um sistema jurídico forjado pela história de cada povo. Assim, firmada a premissa de que *hearsay testimony* norte-americano não é o mesmo que testemunha indireta brasileira, passa-se à análise da realidade fática e jurídica brasileira.

4.2. Testemunho indireto no Brasil, *vox publica* e direito ao confronto

Entre as provas que podem fundamentar a decisão de pronúncia, no âmbito do processo penal, encontram-se os depoimentos de testemunhas, incluindo as testemunhas **indiretas**, cuja validade se apresenta como um tema de significativa relevância jurídica.

10 *Op cit.*

11 FENNER, G. Michael. Law Professor Reveals Shocking Truth About Hearsay. University of Missouri – Kansas City Law Review, Vol. 62, n. 1, p. 97, 1993. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1518631>>. Acesso em: 23 fev. 2025. “As a true teller, I circle back to where this article began, to this bit of theory: ‘Hearsay is inadmissible, except . . . well, in exceptional cases.’ I conclude that the truth is just the opposite: Hearsay is admissible, with some, rather fewer than more, exceptions. Hearsay is admissible except when the court considers it particularly unreliable and unnecessary.”

Em síntese, as testemunhas indiretas são aquelas que não presenciaram o fato diretamente, mas possuem conhecimento relevante obtido por meio de terceiros ou de circunstâncias que as colocam em posição de trazer informações pertinentes ao(s) fato(s) apurado(s). Embora a jurisprudência e a doutrina diverjam sobre a densidade e a credibilidade do depoimento dessas testemunhas, na fase de pronúncia, é consenso que elas não podem ser descartadas *a priori*.

Conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 180.144/PI, relator Ministro Celso de Mello, DJe 22/10/2020), a primeira fase do procedimento do júri constitui filtro processual com a função de evitar julgamento pelo plenário sem a existência de prova de materialidade e indícios de autoria firmados no bojo do processo, de modo que é ilegal a sentença de pronúncia elaborada com base exclusivamente nos elementos colhidos no inquérito policial.

Contudo, não se pode olvidar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), alinhando-se ao mencionado entendimento, pontuou a necessidade de avaliação do caso concreto, de modo que, tendo o Tribunal de origem apontado, p. ex., provas colhidas durante a investigação criminal e irrepetíveis em juízo, estas são aptas a fundamentar a pronúncia (AgRg no HC nº 908.945/DF, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe 20/06/2024).

Por prova não repetível (ou irrepetível) entende-se **aquela cuja reprodução em juízo tornou-se inviável em decorrência de acontecimento ulterior à sua colheita**.¹²

Para além, Walfredo Cunha também **expande o entendimento para testemunha e vítima não mais localizadas, considerando as provas decorrentes não repetíveis (irrepetíveis)**, e, assim, discorre que é possível a leitura ou exibição, em plenário, da mídia em que foram registrados nos termos do art. 473, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP).¹³

Em específico sobre provas não repetíveis (**irrepetíveis**), o STJ, neste espectro, já decidiu que as **oitivas, em fase policial, de vítima e testemunhas falecidas** são, no processo, dotadas desta natureza.¹⁴ Igual entendimento foi aplicado até mesmo ao caso de testemunha que se mudou para

12 GONÇALVES. Victor Eduardo Rios; REIS. Alexandre Cebrian Araújo. Direito processual penal esquematizado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251

13 CAMPOS, Walfredo C. **Tribunal do Júri - Teoria e Prática, 6ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2018, fl. 277. *E-book*. ISBN 9788597017724. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017724/>

14 AgRg no HC n. 813.150/MG, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 28/6/2023; HC n. 360.574/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 10/8/2016.

outro país (REsp n. 1.443.968/MG).

Indo além, é oportuno considerar a necessidade de exame da natureza jurídica de depoimentos, prestados em fase policial, de testemunhas e de vítimas que, no decorrer da Ação Penal, não mais são encontradas por receio de sofrerem represálias por parte de **organizações criminosas** (“facções criminosas”). Esta é, aliás, circunstância corriqueira na lida forense.

É de curial sabença a existência de inúmeras informações nos meios de comunicação que corroboram um fenômeno observado na prática forense, indicando a vigência da "Lei do Silêncio", que prevalece em bairros sob o domínio de facções criminosas e que se sujeitam aos “Tribunais do Crime”.

É necessário reconhecer que uma organização criminosa normalmente se estabelece por meio do poder de intimidação, isto é, utilizando a violência para expandir e garantir suas atividades, de forma a eliminar concorrentes de outros grupos e preservar o silêncio da comunidade, em especial quando vítimas e testemunhas de delitos, tudo a fim de assegurar impunidade de seus membros.

Daí a importância de proteger testemunhas e vítimas que, por medo de sofrerem represálias por organizações criminosas (“facções criminosas”), não são mais encontradas para repetirem seus depoimentos durante a Ação Penal. Portanto, a irrepetibilidade dos depoimentos é uma medida necessária para preservar a integridade desses indivíduos, como também para contrapor à coação efetivada por meio de “lei do silêncio”, ora imposta por grupos criminosos com domínio local.

Atento a essa peculiaridade, o Superior Tribunal de Justiça tem autorizado a pronúncia com base em testemunhos indiretos nos casos de homicídio praticado por **organização criminosa** que atua em atividade típica de grupo de extermínio (AgRg no AREsp 2598643 / MG e AgRg no HC n. 810.692/RJ).

Além dos casos envolvendo organizações criminosas, o testemunho indireto também assume papel de relevo no enfrentamento aos **crimes de feminicídio**. Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, é comum que testemunhas/informantes tenham relações familiares e afetivas com o autor do fato. Em razão disso, e por conta do ciclo da violência doméstica, é comum a mudança de depoimento em juízo alguns meses ou anos após o evento traumático, principalmente quando há reconciliação. Nessas situações, não se pode desconsiderar o que foi colhido na fase investigativa, quando corroborado por provas (produzidas em contraditório judicial). Também não se pode ignorar

testemunhas indiretas, como uma vizinha que ouviu o relato da vítima sobre o que aconteceu. Assim, mesmo que a vítima mude a versão em Juízo, porque se reconciliou com o ofensor, tem credibilidade o relato do vizinho que conta em juízo o que ouviu da vítima, sob o crivo do contraditório, bem como o relato da própria vítima na Delegacia, colhido logo após o fato.

Enquanto, nos EUA, a vedação de *hearsay* deriva da necessidade de autenticação da prova¹⁵, no Brasil, não há vedação de testemunho indireto e a aferição da credibilidade da prova oral se dá nos termos da parte final do **art. 203 do CPP** (credibilidade do **relato**) e do **art. 214** (credibilidade da **pessoa**). Portanto, a aferição da credibilidade do relato da testemunha indireta, a fim de incrementar a busca da verdade, se dá pelo aprofundamento do escrutínio “*sobre as razões pelas quais o declarante declara em juízo*”¹⁶, nos termos do art. 203 do CPP, que dispõe que a testemunha deve explicar “*sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade*”, combinado com o art. 214 do CPP, que dispõe que, “*Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. [...].*”

Veja-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, através da Sexta Turma, no AgRg no AREsp 1.664.997/TO, adotou essa *ratio* e decidiu que é “*cabível a pronúncia com base em testemunho indireto, contanto que sejam apontados os informantes, a fim de assegurar ao acusado o exercício do contraditório*”. Confira-se a ementa relacionada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. **PRONÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. INEXISTÊNCIA. DEPOIMENTOS DE OUVIR DIZER.** INDICAÇÃO DA FONTE. ÔNUS DA PROVA DA ACUSAÇÃO. DESPRONÚNCIA DO RÉU. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. [...]. 2. A decisão interlocutória de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, e não é exigido, nesse momento processual, prova incontroversa da autoria do delito; basta a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu

15 Rule 901. Authenticating or Identifying Evidence (a) In General. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.

16 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça. Artigo publicado no sítio eletrônico do professor Douglas Fischer. Disponível em: <<https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 23 fev. 2025.

autor e a certeza quanto à materialidade do crime. 3. **É cabível a pronúncia com base em testemunho indireto, contanto que sejam apontados os informantes, a fim de assegurar ao acusado o exercício do contraditório. Essa garantia deve ser concreta, de modo que seja possibilitado ao réu efetivamente conhecer e eventualmente refutar a versão apresentada. É ônus da acusação, portanto, reunir lastro probatório suficiente para conferir plausibilidade jurídica à narrativa da denúncia. [...].** (AgRg no AREsp 1664997/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021).

No mesmo sentido, e em data recente (18/2/2025), a Eg. Sexta Turma, no AgRg no AREsp 2.517.235 / BA, validou a pronúncia realizada com base em depoimentos indiretos de policiais que realizaram diligências e apuraram homicídio “praticado por e contra pessoa em situação de rua, que foi testemunhado por indivíduos em igual situação” (acórdão ainda pendente de publicação).

À vista de todos esses precedentes, não há como dizer que o Superior Tribunal de Justiça considera o depoimento indireto como inadmissível ou imprestável para o juízo de pronúncia.

Conforme estabelecido na Constituição, especificamente no artigo 5º, inciso LVI, as provas obtidas por meios ilícitos são consideradas **inadmissíveis**. Esta disposição representa a norma de exclusão positivada em nosso sistema jurídico.

Por outro lado, a **imprestabilidade** da prova refere-se à sua limitada capacidade persuasiva, ou seja, à credibilidade e fidedignidade do relato frente ao fato que se pretende comprovar.

A partir da análise de julgados de diversos tribunais, pode-se concluir com segurança que os testemunhos indiretos não constituem provas ilícitas e inadmissíveis. Nesse sentido, conforme já estabelecido pelo STJ, por meio da Quinta Turma, no AgRg no REsp 1.387.883/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 19/10/2017, “*a legislação em vigor admite como prova tanto a testemunha que narra o que presenciou, como aquela que ouviu. A valoração a ser dada a essa prova é critério judicial, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na prova testemunhal indireta*”. (Grifo nosso).

Nesse contexto, assim como fazem os Estados Unidos no tema do *hearsay testimony*, é imprescindível, também aqui no Brasil, que sejam observadas as particularidades de cada caso concreto quando o tema se refere a testemunhas indiretas, pois, ao se obstruir previamente, rotulando

como inadmissível todo e qualquer testemunho indireto, independentemente das circunstâncias concretas dos autos, ignora-se a importante carga valorativa desse tipo de testemunho, que é complexa e variável conforme a substância/densidade que ele traz consigo¹⁷.

Imagine-se a situação em que o réu relatou com detalhes o crime à sua genitora logo depois de matar um desafeto por vingança, mas dizendo à mãe que está arrependido. Em juízo é possível que o réu diga que agiu em legítima defesa. No entanto, a mãe do réu, sob o crivo do contraditório, diz não suportar mais o envolvimento do filho com tráfico de drogas e conta em Juízo tudo o que seu filho lhe disse logo após o fato. Esse testemunho indireto da genitora, por exemplo, é dotado de mais credibilidade do que o relato direto apresentado pelo réu que sustenta ter agido em legítima defesa.

A validade da testemunha indireta na decisão de pronúncia pode ser analisada sob diferentes aspectos:

- **Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório**

A Constituição Federal assegura ao acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Isso significa que todas as provas, incluindo os depoimentos de testemunhas indiretas, devem ser submetidas ao crivo do contraditório, permitindo à defesa contestar a veracidade e a relevância dessas informações. Dessa forma, as testemunhas indiretas, se submetidas a esse processo, podem ter suas informações validadas ou refutadas.

- **Prova Indiciária**

A decisão de pronúncia não exige prova cabal da autoria e materialidade, mas sim **indícios suficientes** de que o crime ocorreu e que o acusado é o provável autor. As testemunhas indiretas podem fornecer elementos indiciários importantes, complementando o conjunto probatório e ajudando a formar o convencimento da referida decisão. A jurisprudência reconhece que, nessa fase, a prova indiciária possui relevância significativa, principalmente para que não seja subtraída a competência do Juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

17 JUNIOR, Alderico de Carvalho; CARDOSO, Jaqueline Ribeiro; PAIVA, Mariza de Souza. O FLAUTISTA DE HAMELIN: PARTICULARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO À PROIBIÇÃO DO *HEARSAY TESTIMONY*. Minas Gerais.

- **Critério de Valoração das Provas**

O juiz, ao decidir pela pronúncia, deve analisar o conjunto probatório de forma global e integrada. As testemunhas indiretas, portanto, são válidas na medida em que suas informações, corroboradas por outros elementos de prova, contribuam para a formação de um juízo de probabilidade. A valoração das provas pelo juiz togado é feita de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, que permite ao juiz fundamentar sua decisão com base na análise crítica e racional de todas as provas disponíveis.

- **Precedentes Jurisprudenciais**

Diversos Tribunais Superiores têm se manifestado sobre a admissibilidade e validade das testemunhas indiretas na fase de pronúncia. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm reiterado que a prova testemunhal, direta ou indireta, desde que corroborada por outros elementos de prova, é suficiente para justificar a pronúncia do acusado.

Outro aspecto que merece atenção é o fato de que há testemunhas diretas que, por medo, se apresentam em Juízo como testemunhas indiretas. Por necessidade de autoproteção, as testemunhas utilizam o mecanismo de distanciamento do fato. Não é raro que uma testemunha ocular, por temor, opte por verbalizar que não presenciou os fatos, mas que apenas ouviu populares comentando sobre o fato. Nesse caso, se estará diante de uma testemunha direta, mas que verbaliza ser testemunha indireta. Cabe ao juiz da causa valorar esse relato, inclusive, para verificar qual é a verdadeira natureza dessa testemunha, pois é possível que existam outras provas dos autos aptas a demonstrar que a testemunha efetivamente viu o fato e apenas tenta se distanciar por medo.

Além disso, ainda que a testemunha seja mesmo indireta, é possível que ela tenha ficado sabendo do fato porque ouviu relato dos próprios autores do crime ou da própria vítima, nos casos em que esta não pode ser ouvida, seja porque veio a óbito, seja porque encontra-se em local incerto e não sabido.

V. CONCLUSÕES E PROPOSTA DE TESES

Em razão das peculiaridades apontadas ao longo do texto, percebe-se que a controvérsia sobre a admissibilidade dos elementos informativos do inquérito e dos depoimentos indiretos para a



pronúncia não pode ser definida em termos abstratos, pois normalmente exige aprofundada análise das nuances fáticas de cada caso concreto.

Caso o Superior Tribunal de Justiça entenda de modo diverso, propõem-se as seguintes teses:

- a) Os elementos informativos colhidos no inquérito, isoladamente considerados, são insuficientes para pronúncia, mas podem ser valorados no contexto probatório, especialmente quando harmônicos com as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.
- b) A palavra de testemunhas ou vítimas não mais encontradas em função de demonstrado contexto de medo de sofrerem represália por parte de grupos ou organizações criminosas ("facções criminosas") é de natureza irrepetível, haja vista a imposição de "lei do silêncio" por estes grupos e do fundado receio daqueles em, inclusive, serem mortos caso novamente colaborem para a persecução penal.
- c) O testemunho indireto, quando dotado de fiabilidade por sua coerência interna e externa, pode ser admitido para a pronúncia, sobretudo nos casos de prova irrepetível, em que a acusação demonstrou que se desincumbiu do ônus de tentar trazer ao juízo a pessoa que se pretende colher o depoimento, ou quando o próprio acusado, por sua má conduta, impediu que a pessoa viesse a juízo (*forfeiture by wrong-doing*).

Brasília, 25 de fevereiro de 2025.

Romão Ávila Milhan Junior

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso do Sul
Presidente do GNP

Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios
Presidente do CNPG
