

# “Ouvir dizer” (*Hearsay*) e o Tribunal do Júri: reflexões sobre a admissibilidade e o valor probatório do depoimento indireto por ocasião da sua discussão no Superior Tribunal de Justiça

## *Hearsay and Jury Trials: reflections on the admissibility and probative value of indirect testimony for the occasion of its discussion by the Brazilian High Court*

Tatiana Badaró 

**Resumo:** Um dos objetos do Tema Repetitivo nº 1260, a ser discutido pelo Superior Tribunal de Justiça, é a questão sobre a possibilidade de fundamentar a decisão de pronúncia, isoladamente, em testemunho indireto, isto é, no depoimento de quem não presenciou o fato, mas dele ficou sabendo por meio de outra pessoa. A lei processual penal brasileira não veda o uso probatório do depoimento indireto nem traz qualquer orientação expressa sobre como ele deve ser valorado. Já o direito processual anglo-americano tem como uma de suas principais características a previsão da *hearsay rule*, a regra que torna inadmissíveis, em princípio, evidências qualificadas como *hearsay*. O presente artigo investiga se haveria um ganho, do ponto de vista epistêmico e de justiça, em se introduzir no processo penal brasileiro uma regra desse tipo. Depois de apresentar o conceito de *hearsay* no Direito anglo-americano e explicar o vínculo que haveria entre a *hearsay rule* e o procedimento do Tribunal do Júri, analisam-se os principais argumentos utilizados em defesa dessa regra. Conclui-se que preocupações epistêmicas não são suficientes para inadmitir o depoimento indireto, mas o direito dos acusados a confrontar os seus acusadores fornece uma razão normativa para limitar o seu valor probatório. A partir de uma análise de direito comparado, propõe-se uma alteração no art. 209, § 1º, do Código de Processo Penal para, à semelhança de alguns sistemas jurídicos da Europa continental, prever não uma regra de exclusão probatória do depoimento indireto, mas um comando geral de inclusão do depoimento direto.

**Palavras-chave:** *hearsay rule*; depoimento indireto; Tribunal do Júri; direito ao confronto.

**Abstract:** One of the issues in Repetitive Theme nº 1260, to be discussed by the Brazilian High Court, is the possibility of basing the decision to submit a defendant to a jury trial solely on indirect testimony, that is, on the statement of someone who did not witness the event but learned about it from another person. Brazilian criminal procedural law does not prohibit the evidentiary use of indirect testimony, nor does it provide any explicit guidance on how it should

be evaluated. In contrast, anglo-american procedural law is well known for its hearsay rule, which, in principle, renders hearsay evidence inadmissible. This article investigates whether introducing a similar rule into Brazilian criminal procedure would offer epistemic and justice-related benefits. After presenting the concept of hearsay in anglo-american Law and explaining its connection to jury trial procedures, the article examines the main arguments supporting this rule. The conclusion is that epistemic concerns are not sufficient to render hearsay testimony inadmissible, but the defendant's right to confront their accusers provides a normative reason to limit its probative value. Based on a comparative law analysis, it proposes an amendment to art. 209, § 1º, of the Brazilian Code of Criminal Procedure to establish – not an exclusionary rule for indirect testimony – but a general requirement for the inclusion of direct testimony, similar to some legal systems in Continental Europe.

**Keywords:** hearsay rule; indirect testimony; jury trial; right to confrontation.

**Sumário:** Introdução; 1 Conceito de *hearsay*; 2 *Hearsay* e o Tribunal do Júri; 3 Fundamentos da regra de exclusão do *hearsay*; 3.1 Fundamentos epistêmicos; 3.2 Fundamentos de justiça; 4 O direito a confrontar os seus acusadores e o depoimento indireto no processo penal brasileiro; 4.1 Um comando de inclusão do depoimento direto, e não de exclusão do depoimento indireto; 4.2 Alcance e limites do comando de inclusão do depoimento direto; Conclusão; Referências.

## Introdução

Suponha que *A* seja acusado de ter matado a própria esposa, *B*. Ouvida em juízo, a testemunha de acusação *C* afirma que o seu marido *D* lhe contou ter recebido dinheiro de *A* para matar *B* e, em seguida, desaparecer. *D* não chega a ser localizado para prestar depoimento às autoridades. O depoimento de *C*, que não presenciou o fato, mas dele tomou conhecimento por intermédio de *D*, pode ser suficiente para fundamentar a pronúncia de *A* pelo homicídio de *B*? É justo condenar *A* com base no depoimento de *C*, ainda que *A* não tenha tido a oportunidade de confrontar a fonte original da informação que motivou a sua condenação?

Em maio de 2024, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou o Recurso Especial nº 2.048.687/BA como representativo de controvérsia e o submeteu ao rito dos recursos repetitivos. Uma das questões a serem julgadas diz respeito a definir se o testemunho judicial indireto, como o depoimento de *C*, “constitui, isoladamente, meio de prova idôneo para a pronúncia”<sup>1</sup> (Tema nº 1260). O recurso afetado, interposto pela defesa, argumenta que, no caso concreto, os elementos colhidos na fase investigativa (notadamente o reconhecimento de pessoas) não foram confirmados em juízo e que a decisão de pronúncia não

---

1 STJ, ProAfR-REsp 2.048.687/BA, 3ª Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 14.05.2024, DJe 29.05.2024.

poderia fundamentar a existência de indícios suficientes de autoria apenas em “depoimentos indiretos, por ouvir dizer”<sup>2</sup>.

A discussão no STJ sobre o valor probatório do depoimento indireto oferece a oportunidade de abordar uma das regras mais emblemáticas do procedimento adversarial anglo-americano: a *hearsay rule*. Trata-se de uma *regra de exclusão probatória*, isto é, uma regra que torna *em princípio* inadmissíveis, como meios de prova, declarações a respeito de fatos que não foram pessoalmente experienciados pelo declarante, mas relatados a ele por terceiros<sup>3</sup>. É o caso do depoimento da testemunha *C*, que não presenciou o homicídio de *B*, mas *ficou sabendo* por *D* que o crime foi praticado por ele a mando de *A*. Nos Estados Unidos ou no Reino Unido, por exemplo, *C* só poderia fazer tal declaração perante os jurados em um processo criminal, sem criar o risco de que todo o julgamento venha a ser invalidado, caso aplicável alguma das diversas exceções previstas pela legislação ou reconhecidas pela jurisprudência<sup>4</sup>.

Diferentemente dos sistemas jurídicos de *common law*, os países de *civil law* tendem a lidar com o depoimento indireto no âmbito da *valoração*, e não da *exclusão*<sup>5</sup>. Na Alemanha, por exemplo, não há qualquer regra expressa que inadmita *hearsay* como prova em processos criminais, mas se espera que os julgadores avaliem adequadamente a credibilidade e o peso probatório desse tipo de prova testemunhal<sup>6</sup>. Igualmente, no Brasil, não contamos com uma regra que proíba a produção de depoimento indireto ou disponha que, se produzido, seja ele desentranhado do processo (como ocorre com as provas ilícitas e derivadas de ilícitas, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal). De acordo com os arts. 202 e 203 do CPP, qualquer pessoa que saiba algo relevante sobre os fatos pode, em princípio, atuar como testemunha, desde que as razões de seu conhe-

---

2 STJ, ProAfR-REsp 2.048.687/BA, 3ª Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 14.05.2024, DJe 29.05.2024.

3 Ver a definição clássica da regra contra *hearsay* em WIGMORE, *Harvard Law Review* 17, p. 437: “Under the name of the Hearsay Rule will here be understood that rule which prohibits the use of a person’s assertion, as equivalent to testimony to the fact asserted, unless the assessor is brought to testify in court on the stand, where he may be probed and cross-examined as to the grounds of his assertion and of his qualifications to make it”.

4 Conferir a Regra nº 802 da *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos: “Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court”. Ver, também, a Seção nº 114 (1) do *Criminal Justice Act* de 2003 do Reino Unido: “In criminal proceedings a statement not made in oral evidence in the proceedings is admissible as evidence of any matter stated if, but only if: (a) any provision of this Chapter or any other statutory provision makes it admissible, (b) any rule of law preserved by section 118 makes it admissible, (c) all parties to the proceedings agree to it being admissible, or (d) the court is satisfied that it is in the interests of justice for it to be admissible”.

5 BOHLANDER, *Principles of German criminal procedure*, p. 148.

6 WINSEL, *Der Zeuge vom Hörensagen*, p. 19; REITER, *Monash University Law Review* 10, p. 53-54.

cimento permitam atestar a sua credibilidade. O art. 209, § 1º, do CPP até sugere que o depoimento por “ouvir dizer” é plenamente admissível<sup>7</sup>, na medida em que permite que o juiz escute as pessoas referidas pelas testemunhas, se “parecer conveniente”. A lei não traz, porém, qualquer orientação sobre como o depoimento indireto deve ser valorado pelo juiz<sup>8</sup>. Apesar disso, como se percebe por julgados recentes do STJ, a jurisprudência tem buscado restringir o peso probatório desse tipo de evidência<sup>9</sup>.

Neste texto, investigo se o processo penal brasileiro poderia se beneficiar da introdução de uma regra semelhante à tradicional *hearsay rule* do Direito anglo-americano, sobretudo no procedimento do Tribunal do Júri. Para tanto, iniciarei explicando o conceito de *hearsay* (item 1) e expondo a íntima relação entre essa regra e o julgamento pelo júri (item 2). Em seguida, analisarei as principais razões de ordem epistêmica e normativa usadas para fundamentar a regra geral de exclusão de *hearsay* (item 3). Após concluir que o direito ao confronto fornece um argumento de justiça em favor de limitações ao uso probatório do depoimento indireto, proponho uma alteração no art. 209, § 1º, do CPP, no sentido de introduzir

- 
- 7 STJ, HC 776333/ES, 5ª Turma, Relª Min. Daniela Teixeira, J. 11.06.2024, DJe 19.06.2024 (voto do Ministro Ribeiro Dantas).
- 8 Parte da doutrina brasileira é crítica ao uso do depoimento indireto, ressaltando a sua baixa confiabilidade e a impossibilidade de contraditá-lo. Conferir: BADARÓ, *Processo penal*, p. 477: “A ‘testemunha de ouvir dizer’ não tem nenhuma responsabilidade por seu testemunho, mesmo que ele não corresponda à verdade. Além disso, seu depoimento, quanto ao fato, não poderia ser explorado contraditoriamente, pois ela não é a fonte originária dos fatos”. LOPES JR., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional I*, p. 652: “Pensamos que tais depoimentos devem ser valorados pelo juiz atendendo às restrições de sua cognição, pois não se trata de uma testemunha presencial, daí decorrendo um maior nível de desconhecimento do fato e, portanto, de contaminação”. PACELLI, *Curso de processo penal*, p. 349: “Com efeito, se a prova testemunhal direta já é precária, no que toca ao risco de mendacidade ou de dificuldades concretas da memória, o que dizer da indireta? Como fala em ampla defesa e contraditório se o acusado não pode nem mesmo ter acesso ao verdadeiro autor do testemunho para contradizê-lo?”.
- 9 STJ, AREsp 1940381/AL, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, J. 14.12.2021, DJe 16.12.2021; STJ, AgRg-AREsp 2428788/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 12.12.2023, DJe 15.12.2023; STJ, HC 632778/AL, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 09.03.2021, DJe 12.03.2021; STJ, AgRg-HC 868253/ES, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, J. 15.04.2024, DJe 18.04.2024; STJ, AgRg-AREsp 2310072/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 12.03.2024, DJe 21.03.2024. Os principais argumentos que aparecem nesses julgados para negar a capacidade do testemunho indireto de fundamentar, sozinho, a decisão de pronúncia ou condenação são os seguintes: 1) o depoimento indireto é inseguro e, sem ratificação da fonte originária, não atende ao *standard* probatório exigido para a decisão de pronúncia/condenação; 2) a utilidade processual do depoimento indireto é indicar as testemunhas referidas para sua posterior oitiva, nos termos do art. 209, § 1º, do CPP; 3) a ausência de oitiva da testemunha direta subtrai das partes a prerrogativa, garantida pelo art. 212 do CP, de inquirir a testemunha do fato; 4) o depoimento indireto não constitui prova produzida sob o crivo do contraditório, o que é exigido pelo art. 155 do CPP para pronúncia ou condenação; e 5) quando a acusação, podendo fazê-lo, deixa de produzir o depoimento direto e utiliza o indireto, é retirada da defesa uma chance de ter provada sua inocência (teoria da perda de uma chance).

não uma regra geral de exclusão do depoimento indireto, mas uma regra geral de inclusão do depoimento direto (item 4).

## 1 Conceito de *hearsay*

*Hearsay* é definido, pelo art. 801(c) da *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos, como a declaração, feita por quem não está sendo ouvido como testemunha em julgamento ou audiência, que pretende provar a verdade daquilo que é declarado<sup>10</sup>. Imagine-se que *G* preste um depoimento afirmando que *H* lhe disse que *J* é um ladrão, pois *H* já teria presenciado *J* batendo a carteira de *N*. A depender do contexto processual, o conteúdo do depoimento de *G* será ou não considerado *hearsay*<sup>11</sup>. Caso *G* preste esse depoimento como testemunha em um processo contra *J* pela prática de furto contra *N*, o conteúdo do depoimento de *G* será qualificado como *hearsay*. Afinal, *G* não percebeu diretamente, com seus próprios sentidos, a execução do furto por *J*, mas estará apenas repetindo o que *H*, a verdadeira testemunha, disse ter presenciado. Além disso, o depoimento de *G* teria justamente o propósito de comprovar a veracidade daquilo que é declarado, ou seja, que *J* bateu a carteira de *N*. Por outro lado, caso *G* preste esse mesmo depoimento como testemunha em um processo contra *H* pela prática de ofensa à honra de *J*, o seu conteúdo não será considerado *hearsay*. Nesse segundo cenário, o depoimento de *G* não pretende comprovar a veracidade daquilo que foi afirmado por *H*, mas demonstrar que *H* realmente disse que *J* era um ladrão e teria batido a carteira de *N*. Diferentemente do suposto furto, a declaração feita por *H* a respeito de *J* foi, sim, percebida diretamente por *G*.

A definição de *hearsay* do Direito anglo-americano não coincide exatamente com o conceito utilizado pelos sistemas jurídicos de *civil law*. Isso porque, para o Direito anglo-americano, um depoimento em que a testemunha relata apenas aquilo que presenciou diretamente ainda será considerado *hearsay* se tal depoimento não for produzido durante o julgamento. Na Alemanha, o termo *hörensagen* designa simplesmente um depoimento oral que apresenta informações de “segunda mão”, isto é, uma testemunha que descreve aquilo que outra pessoa, que pode ou não ser a testemunha direta, lhe contou (literalmente, testemunha de “ouvir dizer”)<sup>12</sup>. Assim, a definição de *hörensagen* não atribui qualquer

10 “‘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.”

11 Conferir STELTER, *Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen in englischen Strafprozeß*, p. 26.

12 Ver BOHLANDER, *Principles of German criminal procedure*, p. 147.

relevância ao fato de o depoimento ser ou não produzido durante o julgamento, diferentemente do Direito anglo-americano que define *hearsay* com base na distinção entre depoimentos *in-court* e *out-of-court*. Portanto, o conceito alemão depende primariamente da fonte da informação (o próprio depoente ou terceiro), e não do momento em que o depoimento foi produzido (antes ou durante o julgamento). Como consequência dessa diferenciação, o depoimento prestado por uma testemunha à polícia, seja gravado em vídeo ou reduzido a termo, não será considerado *hörensagen* pelo Direito alemão (nem, de modo geral, pelos sistemas legais de *civil law*), mas será considerado *hearsay* pelo sistema anglo-saxão, ainda que o declarante restrinja o seu relato àquilo que presenciou pessoalmente<sup>13</sup>.

Apesar disso, o Direito anglo-americano e o Direito alemão concordam que um depoimento configura *hearsay* independentemente de ter a fonte original da informação repassada sido identificada ou não. Assim, tanto se o policial P disser que ficou sabendo pelo transeunte K que L matou M quanto se ele disser que “populares” lhe contaram que L matou M, o seu depoimento será qualificado como “ouvir dizer”. Logo, a divergência interna do STJ quanto à possibilidade de se pronunciar ou condenar acusados com base apenas em depoimento indireto, quando identificada a fonte originária da informação, é mais propriamente uma discussão sobre a *valoração* desse tipo de depoimento do que sobre o conceito de *hearsay*<sup>14</sup>.

## 2 *Hearsay* e o Tribunal do Júri

A tradicional ausência de um correspondente no Direito continental-europeu à regra geral de exclusão do *hearsay testimony* do Direito anglo-saxão costuma ser relacionada ao predomínio dos julgamentos pelo Tribunal do Júri nos

13 Esclarecendo que o sentido de *hearsay* extraído da *hearsay rule* é mais amplo do que aquilo que o discurso ordinário compreende como “ouvir dizer”: SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 5. Atribuindo o fato de os sistemas jurídicos da Europa continental não tratarem documentos como *hearsay* à histórica dependência desses sistemas em relação a procedimentos escritos e não orais: DAMAŠKA, *Minnesota Law Review* 78, p. 436.

14 Comparar: “[...] é indireto o testemunho do policial ou de qualquer outra pessoa que relata, mesmo em juízo, apenas aquilo que ouviu de outrem, seja a fonte (a vítima, o réu, ou um terceiro) identificada ou não” (STJ, HC 776333/ES, 5ª Turma, Relª Min. Daniela Teixeira, J. 11.06.2024, DJe 19.06.2024). “A precisa e particularizada indicação da fonte também é fator que, *in casu*, diferencia o testemunho do policial civil do mero *hearsay testimony*: a fonte do testemunho está devidamente referenciada nos autos, qual seja, a própria vítima” (STJ, AgRg-HC 755.217/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 19.09.2023, DJe 06.10.2023). Há julgado do STJ que reconhece que o depoimento se qualifica como indireto ainda que identificada a fonte primária, mas dá a entender que a pronúncia ou condenação pode, nesses casos, se fundamentar nesse tipo de depoimento, pois a mera *indicação* da fonte direta da informação asseguraria ao acusado o exercício do contraditório (STJ, HC 859.357/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 04.02.2025, DJEN 14.05.2025).

países do *common law*<sup>15</sup>. Haveria, em primeiro lugar, uma *explicação de ordem lógica* para a regra não vigorar nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, qual seja, o fato de inexistir, nesse sistema, uma separação entre quem aplica a lei (*ruling of law*) e quem define os fatos (*fact-finding*)<sup>16</sup>. No modelo anglo-americano, em caso de julgamento pelo júri, cabe ao juiz presidente decidir se determinada evidência poderá ou não ser apresentada aos jurados. Caso decida por excluí-la, a consequência será que o júri, a quem cabe decidir se o acusado é culpado ou inocente, sequer saberá da existência de tal evidência. No modelo continental-europeu, mesmo quando juízes leigos tomam parte no julgamento, eles costumam atuar em conjunto com os juízes togados, não havendo uma rígida separação de funções entre eles<sup>17</sup>. Por certo, não há como exigir que o mesmo sujeito, após ter contato com a prova e decidir pela sua admissibilidade, simplesmente apague da memória o que viu, ouviu ou leu<sup>18</sup>.

Haveria, ainda, uma *explicação de ordem cognitiva*. Argumenta-se que são maiores as chances de que juízes leigos, em comparação aos juízes togados, sejam induzidos a erro pelo depoimento por “ouvir dizer” ou venham a superdimensionar o seu valor probatório<sup>19</sup>. Não tendo recebido qualquer treinamento jurídico, o júri estaria mais propenso a tirar conclusões equivocadas do depoimento indireto, cuja apreciação pode se mostrar desafiadora mesmo para julgadores profissionais<sup>20</sup>. Pela inexperiência e por certa ingenuidade em relação ao sistema de justiça, o jurado tenderia a acreditar que toda a evidência que lhe foi apresentada é relevante e confiável; caso contrário, o juiz presidente não teria a admitido e as partes não teriam dispendido tempo e recursos na sua produção<sup>21</sup>. Os juízes, por sua vez, seriam destinatários mais qualificados da atividade probatória. E como eles, diferentemente dos jurados, têm o dever de declarar as razões que

---

15 CALLEN, *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, p. 174.

16 DAMAŠKA, *Minnesota Law Review* 78, p. 427.

17 DAMAŠKA, *Minnesota Law Review* 78, p. 428. Alemanha, Itália e França, por exemplo, estabelecem colegiados compostos por juízes togados e leigos. A respeito especificamente do modelo alemão, conferir: SCHÜNEMANN, *LH-Juarez Tavares*, p. 634-635; HÖRNLE, *The trial on trial 2*, p. 136; MOELLER, *RBDPP 2*, p. 59-98.

18 JACKSON, *The trial on trial 1*, p. 136. No processo penal brasileiro, a ausência de previsão legal no sentido de tornar impedido de julgar o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita é alvo de críticas por parte da doutrina. Ver, por todos: LOPES JR., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional I*, p. 599-600.

19 REITER, *Monash University Law Review* 10, p. 58.

20 STELTER, *Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen in englischen Strafprozeß*, p. 48; JACKSON, *The trial on trial 1*, p. 136.

21 CALLEN, *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, p. 175.

motivaram o seu convencimento, as partes poderão verificar se ao depoimento indireto foi creditado imerecido valor probatório, a despeito de sua fragilidade<sup>22</sup>.

Se assumirmos como corretos os argumentos que compõem a explicação de ordem cognitiva, teremos sérios motivos para nos preocupar com a ausência, entre nós, de uma regra de exclusão do depoimento por “ouvir dizer” no procedimento do Tribunal do Júri. Afinal, no Brasil, os jurados decidem, sozinhos, sobre a autoria e a materialidade, sem qualquer auxílio ou orientação por parte do juiz togado. Decidem não apenas sobre questões fáticas, mas também sobre questões de direito (por exemplo, sobre o caráter “injusto” da agressão na legítima defesa e sobre a ocorrência de “coação moral”)<sup>23</sup>. Não é incomum que a sessão de instrução e julgamento pelo Tribunal do Júri seja concluída em um único dia, sem tempo hábil para a localização e apresentação de testemunhas referidas<sup>24</sup>. Também não é raro que a tese acusatória sobre a autoria delitiva se baseie principalmente, ou mesmo exclusivamente, em prova testemunhal. Para a condenação, bastam os votos da maioria simples de um total de apenas sete jurados, diferentemente do sistema anglo-americano, que exige que onze jurados cheguem a uma decisão unânime.

A ideia de que jurados são mais propensos do que juízes profissionais a serem indevidamente influenciados por um testemunho indireto frágil é objeto de séria controvérsia<sup>25</sup>. Com efeito, tanto jurados quanto juízes podem vir, por exemplo, a desacreditar o que foi dito por uma testemunha que presenciou o fato, porque há outras três testemunhas que, embora não estivessem presentes, ouviram de uma quinta pessoa, não ouvida em juízo, que os eventos teriam ocorrido diferentemente do descrito pela testemunha ocular. A principal diferença é que, desde que o juiz togado cumpra com o seu dever de fundamentação, será possível saber se a conclusão a que ele chegou sobre os fatos realmente se baseou nos três depoimentos indiretos e por qual razão o depoimento da testemunha ocular foi descartado. Em relação à decisão do Tribunal do Júri, as partes não terão a oportunidade de exercer um controle comunicativo sobre a valoração do depoi-

---

22 CALLEN, *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, p. 176.

23 BADARÓ, *Processo penal*, p. 662.

24 Argumentando que uma das razões que tornam desnecessária a adoção da *hearsay rule* pela Corte Penal Internacional é o fato de o procedimento da Corte não adotar o modelo de concentração de atos em audiência una, havendo a possibilidade de ouvir a testemunha referida em audiência futura: BADARÓ, *ZIS* 4/2014, p. 185.

25 FRIEDMAN, *Criminal Law Review* (1998), p. 700-701. Por exemplo, contrário a essa ideia: SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 11. Apontando evidências empíricas que contrariam a ideia de que jurados são menos capazes de avaliar devidamente o valor probatório de *hearsay*: RAKOS/LANDSMAN, *Minnesota Law Review* 76, p. 655-682.

mento indireto. Como o sistema de valoração de provas é o da íntima convicção, os jurados não têm a obrigação de fundamentar as suas decisões, e ainda que decidam contrariamente à prova dos autos, as partes no Brasil só podem apelar do veredito uma única vez por esse motivo (art. 593, § 3º, do CPP). Logo, a ausência de fundamentação das decisões do Tribunal do Júri é, por si, motivo suficiente para se preocupar com a avaliação do depoimento indireto pelos jurados. Mas é preciso, ainda, entender o que torna essa espécie de evidência especialmente problemática.

### 3 Fundamentos da regra de exclusão do *hearsay*

Rotineiramente, as pessoas orientam o seu comportamento baseadas não em fatos que perceberam diretamente, por meio de um de seus sentidos, mas naquilo que lhes foi comunicado por alguém que também não é a fonte primária da informação<sup>26</sup>. Assim, quando o funcionário da farmácia, ao preencher um cadastro com os dados pessoais de um cliente, insere no sistema a data de nascimento que o cliente acaba de informar, ele está agindo com base em *hearsay*. Afinal, o cliente não tem qualquer recordação própria do dia de seu nascimento. Tudo o que ele sabe, sabe porque leu em documentos ou ouviu de outras pessoas. Ainda que o funcionário diligentemente solicite o documento de identificação para confirmar a informação, o documento também é uma fonte indireta: o seu emissor retirou esse dado de uma certidão de nascimento, que nada mais é do que a reprodução de uma declaração registrada no assento de nascimento, feita pelo tabelião que diz ter lido de outra declaração – elaborada provavelmente pelo médico que acompanhou o parto e, portanto, quem efetivamente presenciou o fato – a informação de que aquele indivíduo teria nascido em uma determinada data.

Por qual razão, então, o sistema jurídico anglo-saxão está tão preocupado em evitar que jurados tomem decisões com base em informações apresentadas por fonte diversa daquela que presenciou diretamente o fato? As principais razões podem ser divididas em dois grupos: as de natureza epistemológica (argumentos epistêmicos) e as de natureza normativa ou principiológica (argumentos de justiça). Por sua vez, as diversas exceções que vieram a ser admitidas à regra geral são justificadas, de forma geral, pela existência de circunstâncias que corroborem

---

26 Fazendo justamente essa observação: STELTER, *Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen in englischen Strafprozeß*, p. 26.

a credibilidade da fonte indireta ou pela necessidade de admiti-la, a fim de se alcançar os propósitos do sistema de justiça<sup>27</sup>.

### 3.1 Fundamentos epistêmicos

É comum que se argumente que o depoimento de “ouvir dizer” não é confiável ou que, no mínimo, não seria uma prova tão boa quanto o depoimento direto<sup>28</sup>. Isso porque, em primeiro lugar, não é possível submeter a fonte original da informação aos três mecanismos que todo julgador dispõe para, dentro do possível, garantir e atestar a veracidade de um depoimento: o compromisso legal de dizer a verdade, o exame cruzado (*cross-examination*) e a possibilidade de observar o comportamento da testemunha. Em segundo lugar, relatos de segunda mão são mais propensos a erros de transmissão (*X* pode ter ouvido mal ou interpretado errado o que *Y* disse), bem como a invenções e distorções deliberadas (é mais fácil para *X* inventar que *Y* disse algo quando sabe que *Y* não terá oportunidade de desmenti-lo)<sup>29</sup>. Além disso, alega-se que a admissibilidade em juízo de declarações *out-of-court* encorajaria a prática de condutas abusivas por agentes estatais na fase pré-processual (por exemplo, tortura e coação de testemunhas)<sup>30</sup>.

Como contraponto, observa-se que não é raro que o depoimento indireto seja mais confiável do que o depoimento direto. No precedente das Cortes inglesas *Myers*, a Câmara dos Lordes entendeu que os cartões nos quais os funcionários de uma fábrica de automóveis registraram, no momento da montagem dos veículos, o número de chassi associado a cada motor deveriam ter sido excluídos do rol de evidências apresentadas ao júri por constituírem *hearsay*, uma vez que os funcionários que preencheram os cartões não foram ouvidos como testemu-

27 Há também motivações históricas por trás de algumas exceções, mas não me aprofundarei aqui nessa questão.

28 Nance descreve a *hearsay rule* como sendo, ao menos em parte, uma regra derivada do princípio da melhor evidência possível (*best evidence rule*): NANCE, *Iowa Law Review* 73, p. 264. De acordo com esse princípio, as partes devem sempre apresentar ao tribunal a prova mais confiável disponível, por exemplo o documento original e não a cópia, a gravação de áudio e não apenas a transcrição. O objetivo é evitar fraudes, equívocos e imprecisões. Assim como a *hearsay rule*, a *best evidence rule* também admite exceções: perda ou destruição da melhor evidência não imputável à má-fé da parte que apresenta a evidência substituta, limitações práticas (por exemplo, documentação extremamente volumosa) e indisponibilidade legal (por exemplo, documentos classificados como sigilosos). Para uma proposta de reformar a *hearsay rule* de forma a convertê-la em uma verdadeira regra da melhor evidência: SEIGEL, *Boston University Law Review* 72, p. 930.

29 Apresentando esses argumentos: SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 9-10. Também são encontrados em: LAW COMMISSION. *Evidence in Criminal Proceedings*, p. 23-34.

30 FIGUEIREDO, *O direito ao confronto na produção da prova penal*, p. 54.

nhas durante o julgamento<sup>31</sup>. Contudo, havia mais sentido em se fiar nas anotações lançadas nos cartões, ausente qualquer motivo concreto para se duvidar de sua veracidade do que na memória dos funcionários. A mesma lógica é aplicável sempre que se comparam depoimentos anteriores e depoimentos em juízo: como a passagem do tempo degrada a precisão de nossas recordações, o relato mais confiável, do ponto de vista da psicologia da memória, tende a ser aquele fornecido logo após os fatos e, portanto, antes, e não durante o julgamento<sup>32</sup>.

Ademais, os três mecanismos referidos *supra* pouco ou nada contribuem para a confiabilidade da prova oral. A crença de que a obrigação de prestar juramento desmotive as pessoas a faltarem com a verdade é um resquício de tempos longínquos em que muitos acreditavam que mentir sob juramento acarretaria punição divina<sup>33</sup>. Mesmo o contemporâneo compromisso de dizer a verdade sob pena de responder por crime de falso testemunho é alvo de fundado ceticismo quanto a sua eficiência para produzir depoimentos mais honestos. Além disso, ainda que a ameaça alcance concretamente o efeito persuasivo desejado, estará garantida, no máximo, a sinceridade do depoimento, mas não a sua veracidade<sup>34</sup>. Já a inquirição de testemunhas por meio do *cross-examination* pode, na realidade, ser fonte de contaminações e distorções, pois vai na contramão do modelo de *entrevista cognitiva*, cientificamente indicado como o mais adequado a aumentar a precisão de relatos testemunhais<sup>35</sup>. Também não se deve superdimensionar o valor epistêmico da possibilidade de se observar o comportamento da testemunha, tendo em vista que, conforme demonstram os estudos de psicologia social, pistas não verbais (nervosismo, ansiedade, inquietação, confiança, contato visual, etc.) nunca devem ser utilizadas isoladamente como indicadores de verdade ou

---

31 *Myers v. DPP* [1965] A.C. 1001. Casos como esse motivaram a reforma da lei penal inglesa para expandir as exceções existentes à *hearsay rule*, passando-se a admitir como prova registros feitos no curso de atividades de comércio, negócios ou profissionais, desde que atendidos determinados requisitos (Seção 117(2) do *Criminal Justice Act* de 2003).

32 Ver: SCHACTER, *The seven sins of memory*, p. 12 e ss.; LOFTUS, *Memory*, p. 37 e 50; MATIDA, *Violência de gênero*, p. 98 e 102.

33 A respeito dos *trials-by-oath* na Inglaterra medieval: HAACK, *Evidence Matters*, p. 48.

34 RAMOS, *Prova testemunhal*, p. 129-130.

35 FISHER/GEISELMAN, *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing*, p. 15. Enquanto o entrevistador, no exame cruzado, adota uma postura confrontativa, utilizando-se de perguntas fechadas, direcionadas e, às vezes, capciosas, a fim de identificar inconsistências e fragilidades no depoimento da testemunha da outra parte, na entrevista cognitiva, o entrevistador deve promover um ambiente acolhedor e colaborativo, recorrer a questionamentos abertos e encorajar a testemunha a fornecer um relato completo, não editado, evitando interromper, pressionar ou induzir o entrevistado, a fim de melhorar, qualitativa e quantitativamente, o processo de recuperação de memórias.

mentira<sup>36</sup>. Não obstante a análise da linguagem corporal da testemunha possa teoricamente complementar uma avaliação baseada em outras evidências, promotores, advogados, juízes e jurados não possuem, em regra, a expertise necessária a realizar uma interpretação acurada<sup>37</sup>.

Ainda que a possibilidade de erros de transmissão, invenções e distorções deliberadas e abusos de agentes estatais não deva ser ignorada, há que se reconhecer que esses riscos e defeitos não são inerentes a tudo aquilo que o Direito anglo-saxão tradicionalmente classifica como *hearsay*<sup>38</sup>. Por exemplo, não há que se falar em risco de erros de transmissão se a testemunha, embora não ouvida em juízo, teve o depoimento gravado durante a fase de investigação. Depoimentos que não se qualificam como *hearsay*, por outro lado, podem sofrer dos mesmos males atribuídos aos depoimentos indiretos: considere uma testemunha cuja lembrança do evento foi contaminada por relatos obtidos por outras fontes ou uma testemunha que foi coagida ou subornada para prestar falso depoimento em juízo.

Finalmente, as regras de exclusão probatória como a *hearsay rule* tendem a conflitar com o “desiderato epistemológico de completude”<sup>39</sup>, uma vez que mais e não menos evidências é tipicamente visto como o melhor remédio contra evidências enganosas<sup>40</sup>. Por certo, uma colheita incompleta de provas tem menores chances de conduzir à verdade material: o ideal é esgotar todas as fontes de conhecimento disponíveis<sup>41</sup>. Portanto, embora haja boas razões epistêmicas para tratar o depoimento indireto, em muitos casos, com cautela, essas razões não são suficientes, por si sós, para justificar uma regra geral de exclusão.

### 3.2 Fundamentos de justiça

As razões de ordem normativa para não se admitir como prova o depoimento por “ouvir dizer” podem ser buscadas, primeiramente, nos direitos e princípios que refletem valores basilares dos sistemas de justiça criminal contemporâneos. É o caso do *direito ao confronto na produção da prova no processo penal*. Nos

---

36 VRIJ, *Detecting lies and deceit*, p. 4; BLUMENTHAL, *Nebraska Law Review* 72, p. 1158 ss.

37 Um dos erros mais comuns é tomar o fato de a testemunha afirmar algo com convicção como sendo evidência de sua credibilidade (ou o contrário). A esse respeito, SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 11.

38 SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 10.

39 HAACK, *Evidence Matters*, p. 40.

40 BENTHAM, *Rationale of judicial evidence*, lib. IX; FRIEDMAN, *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, p. 264; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 179.

41 SCHÜNEMANN, *LH-Juarez Tavares*, p. 638 e 640. Quanto à discussão sobre a verdade material no processo penal, conferir DE-LORENZI/CEOLIN, *RBCCrim* 177, p. 71-132.

termos da Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, em todos os processos criminais o acusado tem direito a ser confrontado com as testemunhas contra ele<sup>42</sup>. Não tenho aqui espaço para discorrer sobre a história do Direito ao confronto ou discutir com profundidade o seu conteúdo<sup>43</sup>. Para os propósitos do presente trabalho, basta dizer que, no Direito estadunidense, em razão dessa previsão constitucional, a introdução em julgamentos criminais de provas testemunhais contra o acusado deve atender a determinadas exigências. Exigências essas que não visam simplesmente a garantir a veracidade e exatidão do testemunho, mas que se impõem por uma questão de justiça procedimental. Assim, idealmente, as testemunhas em desfavor do acusado devem prestar depoimento na presença dele e estarem sujeitas a serem examinadas pela defesa<sup>44</sup>.

Não faz tanto tempo, todavia, que a Suprema Corte dos EUA passou a atribuir tal abrangência ao direito ao confronto. Até 2004, a interpretação dada à norma constitucional praticamente se confundia com as regras probatórias que compunham a *hearsay rule* e as suas exceções: declarações anteriores ao julgamento não submetidas ao exame cruzado poderiam ser admitidas, desde que, sendo confiáveis, fossem alcançadas por alguma das exceções previstas à regra geral contra *hearsay*<sup>45</sup>. Foi no caso *Crawford v. Washington* que a Suprema Corte redefiniu o escopo do direito ao confronto, passando a entender que testemunhos anteriores ao julgamento só poderiam ser admitidos contra o acusado quando (1) a testemunha estiver indisponível para depor durante o julgamento e (2) a defesa tenha tido uma oportunidade prévia de inquirir a testemunha<sup>46</sup>. Embora esse entendimento não se aplique a tudo aquilo que o Direito anglo-americano define como sendo *hearsay evidence*, mas apenas àquelas declarações externas ao julgamento de natureza testemunhal<sup>47</sup>, o precedente *Crawford* impôs limites

---

42 "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him [...]."

43 Certamente, trata-se de direito a merecer maior atenção da doutrina e jurisprudência brasileiras, sobretudo porque, como se verá na sequência, uma versão do direito ao confronto, como corolário do direito ao devido processo legal, foi também reconhecida por tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. A respeito desse direito, na doutrina brasileira: MALAN, *Direito ao confronto no processo penal*; FIGUEIREDO, *O direito ao confronto na produção da prova penal*; BRAGAGNOLLO, *Direito ao confronto e declarações do corréu*, 2023; RITTER/GLOECKNER, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 13, p. 180-211.

44 FRIEDMAN, *Criminal Law Review* (1998), p. 703 ss.; FRIEDMAN, *Georgetown Law Journal* 86, p. 1028.

45 Conferir: *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *White v. Illinois*, 502 U.S. 346 (1992). Ver, também: FIGUEIREDO, *O direito ao confronto na produção da prova penal*, p. 62 ss.

46 *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

47 *Crawford* não define quando uma declaração externa ao julgamento será considerada de natureza testemunhal. Precedentes posteriores procuraram elucidar o conceito (*Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006); *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2021); *Ohio v. Clark*, 576 U.S. 237 (2015)), mas a questão permanece controversa.

mais rígidos às exceções existentes à regra de exclusão probatória<sup>48</sup>. Como consequência, o testemunho prestado *out-of-court* não deveria mais ser admitido simplesmente por ser percebido como de “boa qualidade epistêmica” ou “tão confiável quanto o depoimento direto” ou porque é impossível obter o depoimento da fonte original<sup>49</sup>, pois o julgamento criminal, para ser considerado justo, precisaria garantir ao acusado a oportunidade de questionar aqueles cujas declarações são usadas contra ele.

Uma versão do direito ao confronto também está prevista pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.3(d))<sup>50</sup>, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2(f))<sup>51</sup> e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (art. 14.3(e))<sup>52</sup>. Tais documentos estabelecem, em linhas gerais, que todo acusado em um processo criminal tem o direito mínimo a “examinar ou ter examinadas as testemunhas de acusação”. Apesar da clara influência do processo penal anglo-americano nessas previsões<sup>53</sup>, como o direito ao confronto e a regra de exclusão probatória da *hearsay rule* não são equivalentes<sup>54</sup>, o reconhecimento do primeiro por tratados internacionais não obriga os seus Estados-parte a aderir a qualquer variação específica da segunda<sup>55</sup>. Sinalizando nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que o depoimento indireto, quando confiável, pode até servir como *a única ou decisiva prova* (*the*

---

Em linhas gerais, um depoimento *out-of-court* tem natureza testemunhal se for feito com o “propósito primário” de ser utilizado para estabelecer ou provar fatos pretéritos em futuro processo criminal (isso inclui depoimentos à polícia, declarações juramentadas, depoimento anterior em processo judicial, mas exclui, por exemplo, chamadas de emergência para o 911 e as declarações feitas por uma criança a um professor relatando ter sido vítima de abuso). Se uma pessoa razoável teria a expectativa de que tal depoimento viesse a ser usado em um julgamento, então esse depoimento provavelmente tem natureza testemunhal. Sobre o tema, conferir: ROTHSTEIN/COLEMAN, *Journal of Law Reform* 57, p. 733-737.

48 FRIEDMAN, *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*, p. 266.

49 MALAN, *Direito ao confronto no processo penal*, p. 59; BADARÓ, *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 183-184 (a respeito das exceções à *hearsay rule* admitidas no Direito estadunidense).

50 “O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: [...] Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação [...]”.

51 “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.”

52 “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação [...]”.

53 No sentido de que a Sexta Emenda à Constituição dos EUA serviu de modelo para o referido dispositivo da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH): WINSSEL, *Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht*, p. 97-98.

54 A posição contrária foi classicamente defendida por WIGMORE, *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law* 2, p. 130.

55 BADARÓ, *ZIS* 4/2014, p. 183.

*sole or decisive evidence*) em casos criminais, desde que medidas tenham sido tomadas para compensar o acusado pela impossibilidade de inquirir a testemunha direta e, dessa forma, assegurar o caráter justo do procedimento como um todo (*fairness of the proceeding as a whole*)<sup>56</sup>. Nessa leitura, a impossibilidade de confrontar testemunhas de acusação seria apenas um dos fatores a serem sopesados na avaliação sobre se o processo foi ou não justo<sup>57</sup>.

As justificativas normativas fornecidas em favor da *hearsay rule* se confundem, em boa parte, com as próprias razões que sustentam o modelo adversarial de processo penal<sup>58</sup>. Por certo, por trás da regra de exclusão probatória, há uma visão propriamente adversarial de justiça, de acordo com a qual o devido processo legal é aquele em que as partes competem, dentro das regras do jogo, para fazer prevalecer a sua versão da verdade. Neste contexto, o uso do testemunho indireto por uma das partes é visto, pela perspectiva de seu oponente, como uma estratégia desleal: a fonte original da declaração seria, na verdade, um aliado oculto de seu adversário, o qual busca influir no resultado do processo, ao mesmo tempo em que evita ser submetido diretamente ao escrutínio público<sup>59</sup>. Apesar dessa quase simbiose entre o modelo adversarial e o repúdio ao uso judicial de testemunhos indiretos, acredito que há certas intuições morais contrárias ao recurso a *hearsay* que podem sim ser universalizadas para além dos confins do sistema anglo-americano de justiça penal.

Tanto a moralidade crítica quanto a positiva nos aconselham a não condenar ninguém com base em rumores<sup>60</sup>. Não porque rumores não sejam nunca confiáveis, mas porque não é justo presumir a sua veracidade sem dar à pessoa alvo do boato a chance de reparar o dano causado a sua reputação. A possibilidade de reparar esse dano exige, entre outras coisas, a oportunidade de demandar de quem faz uma acusação que a justifique<sup>61</sup>. A linguagem cotidiana está repleta

---

56 Ver: *Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom*, Ap. 26766/05 & 22228/06 (2011). Criticando a fórmula “*fairness of the proceeding as a whole*” por não ajudar a esclarecer o disposto pela Convenção (CEDH): TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, p. 293-294.

57 GOSS, *Criminal fair trial rights*, p. 137-138; VOGLER, *ZStW* 126, p. 246. Posteriormente, em *Schatschaschwili v. Germany*, Ap. 9154/10 (2015), a Corte reafirmou *Al-Khawaja*, mas a maioria dos julgadores entendeu que, no caso em questão, houve violação aos arts. 6.1 e 6.3(d) da CEDH, pois a única ou decisiva *prova* para a condenação foram os depoimentos de duas testemunhas que não compareceram ao julgamento, oportunidade em que só foram ouvidas testemunhas indiretas, sendo que a ausência da oitiva judicial das testemunhas diretas não foi suficientemente justificada e a defesa não foi compensada pela impossibilidade de examiná-las.

58 ALLEN, *Minnesota Law Review* 76, p. 797.

59 GRANDE, *American Journal of Comparative Law* 64, p. 603.

60 HO, *Oxford Journal of Legal Studies* 19, p. 406.

61 HO, *Oxford Journal of Legal Studies* 19, p. 406 e 411.

de indicações de que *falar mal de alguém pelas costas* é amplamente visto como algo moralmente errado. A questão se torna ainda mais sensível quando se trata de acusar alguém da prática de um crime. Uma acusação criminal tem um significado moral particular: acusar alguém de ter cometido um crime significa acusá-lo de ter praticado um tipo especialmente censurável de conduta<sup>62</sup>. Pela prática dessa espécie de injusto moral, o acusado será chamado a responder *pessoalmente* perante a coletividade, podendo vir a sofrer impactos negativos em seus interesses de bem-estar mais básicos (notadamente, em sua liberdade de locomoção). Se o acusado está obrigado a encarar pessoalmente os seus concidadãos e os agentes do Estado enquanto corre o risco de ser condenado publicamente como criminoso, é justo exigir que os seus acusadores também o enfrentem<sup>63</sup>. Afinal, nenhum indivíduo racional aceitaria como parte de um acordo moral razoável<sup>64</sup> permitir que o Estado condene criminalmente alguém com base em um boato sem que, pelo menos, aquele que foi identificado como seu propagador primário seja chamado a justificar as suas alegações perante o próprio acusado.

Assim, parece-me que, independentemente da adesão a um modelo adversarial de processo, é possível reconhecer que as pessoas acusadas de crimes possuem um *direito moral a confrontar seus acusadores*. O reconhecimento do direito ao confronto em diversos tratados internacionais de direitos humanos é um indicativo de que, ao menos no que diz respeito às pessoas formalmente acusadas pelo Estado da prática de crime, esse direito moral tem também *status* jurídico. O alcance exato do direito ao confronto dependerá das particularidades de cada ordenamento jurídico, mas haverá sempre um núcleo duro a ser respeitado como barreira deontológica. Conforme se verá melhor na sequência, uma regra de exclusão probatória como a *hearsay rule* do Direito anglo-americano não é a única nem necessariamente a melhor maneira de se respeitar o cerne desse direito.

O Brasil é signatário tanto da Convenção Americana de Direitos Humanos quanto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas<sup>65</sup>. Apesar disso, o STJ não costuma mencionar expressamente o direito do acusado ao confronto ao tratar da admissibilidade e do valor probatório do depoi-

---

62 Ver: SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, harms, and wrongs*, p. 10 e ss.

63 DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *The trial on trial* 3, p. 118.

64 Estou recorrendo ao raciocínio da filosofia moral neocontratualista, em especial SCANLON, *What we owe to each other*, p. 33.

65 A Convenção American sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi promulgada por meio do Decreto nº 678/1992, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos por meio do Decreto nº 592/1992.

mento indireto<sup>66</sup>. Isso, a meu ver, torna o posicionamento hoje majoritário no STJ que pretende limitar o uso desse tipo de evidência em decisões de pronúncia e condenação mais vulnerável a contra-argumentos baseados na confiabilidade ou necessidade concreta do depoimento de “ouvir dizer”. Um indício nesse sentido é o recente julgado em que a 5ª Turma do STJ fez um *distinguishing* para considerar o testemunho indireto suficiente para fundamentar a condenação, porque, no caso em questão, os acusados eram pessoas “envolvidas com o tráfico de drogas” e temidas pela comunidade, motivo pelo qual nenhuma testemunha direta teria se disposto a testemunhar perante as autoridades<sup>67</sup>. O argumento para não se aplicar o entendimento prevalente, se bem entendo, foi que os depoimentos indiretos seriam confiáveis (pois várias pessoas afirmaram terem ouvido de terceiros não identificados a mesma versão sobre a autoria delitiva) e necessários (pois nenhuma das supostas testemunhas diretas quis prestar depoimento por medo dos acusados). Nada foi dito sobre a justiça de uma condenação nesses termos frente ao direito dos acusados ao confronto.

Como visto, a legislação processual brasileira apenas permite, mas não determina que a fonte original da informação seja ouvida em juízo como testemunha, nem fornece qualquer orientação sobre como o depoimento indireto deve ser avaliado na ausência do depoimento direto. Não há como extrair do CPP, em especial dos arts. 212 e 209, § 1º, qualquer vedação ao uso de testemunhas indiretas no lugar de diretas. É verdade que o art. 155 do CPP<sup>68</sup> dispõe que o juiz não pode fundamentar a sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação. Contudo, como se verá na sequência, essa previsão, por si só, não protege devidamente o direito ao confronto nem impede que acusados sejam injustamente prejudicados por depoimentos indiretos, especialmente no caso de julgamentos pelo Tribunal do Júri.

#### 4 O direito a confrontar os seus acusadores e o depoimento indireto no processo penal brasileiro

No tópico anterior, defendi que o acusado em um processo penal possui o direito a confrontar a fonte direta de testemunho que o incrimine. Disso não decorre, contudo, que a adoção de uma regra geral de inadmissibilidade do depoimento indireto, à semelhança da *hearsay rule* do Direito anglo-americano, seja obrigatória ou mesmo recomendada. Conforme argumentarei na sequência, mais

---

66 Conferir nota de rodapé 9, *supra*.

67 STJ, AgRg-REsp 2.192.889/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 18.03.2025, DJEN 26.03.2025.

68 Como visto, tais dispositivos do CPP costumam ser mencionados pela jurisprudência do STJ.

adequado do que um comando de exclusão do depoimento indireto é a previsão legal de um comando de inclusão do depoimento direto.

#### 4.1 Um comando de inclusão do depoimento direto, e não de exclusão do depoimento indireto

A *hearsay rule* do Direito anglo-americano é, hoje, alvo de uma série de críticas<sup>69</sup>. Com efeito, a regra não contribui para uma melhor qualidade epistêmica da prova oral produzida em juízo. As testemunhas ficam impedidas de contar as suas histórias em seu ritmo natural<sup>70</sup>, pois precisam evitar, a todo custo, mencionar informações que lhe foram repassadas por terceiros. Pelo mesmo motivo, as partes tendem a fazer questionamentos mais fechados e dirigidos (por exemplo, que devem ser respondidos apenas com sim ou não), em detrimento do modelo cientificamente recomendado de entrevista cognitiva baseada em questionamentos abertos. Na tentativa de mitigar o fato de a regra levar à exclusão de um sem-número de evidências confiáveis e relevantes, a legislação e os precedentes criaram uma lista longa e complexa de exceções à regra geral. Contudo, a dinâmica processual advinda dessa sistemática é desfuncional. O depoimento das testemunhas durante os julgamentos costuma ser tumultuado pelas partes que, a todo momento, interrompem o relato para apresentar objeções com fundamento na regra contra *hearsay*<sup>71</sup>. Tais objeções são seguidas, *incontinenti*, por discussões sobre a aplicabilidade de alguma das exceções, pela decisão do juiz presidente a respeito da admissibilidade de determinado trecho do depoimento e por orientações aos jurados sobre se devem ou não considerar esse pedaço específico de evidência<sup>72</sup>. Como todas essas questões podem ser revistas pelas instâncias superiores, potencializam-se as chances de que o julgamento venha a ser anulado por uma minúcia técnica.

Por isso, acredito que, em lugar de uma regra geral de exclusão do depoimento indireto, o melhor caminho para proteger o direito ao confronto, com menores custos à qualidade epistêmica do processo probatório, é uma *regra geral de inclusão do depoimento direto*. Pode-se, em um primeiro momento, olhar para

---

69 Uma proposta para reformar amplamente a regra no Direito estadunidense é apresentada em: FRIEDMAN, *University of Michigan Journal of Law Reform* 57, p. 909-927.

70 REITER, *Monash University Law Review* 10, p. 51.

71 GRANDE, *American Journal of Comparative Law* 64, p. 600.

72 No sentido de que os julgadores, muitas vezes, sentem uma tentação irresistível por distorcer as regras contra *hearsay*, a fim de evitar a exclusão de evidências que são de extrema relevância do ponto de vista probatório: CHENG/NUNN/SIMON-KERR, *Northwestern University Law Review* 118, p. 311.

a Alemanha em busca de inspiração para uma regra desse tipo. Lá, o princípio da imediação (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*), extraído do § 250 do StPO (*Strafprozeßordnung* – Lei Processual Penal alemã), não impede a introdução no processo penal de depoimentos indiretos, mas exige que, quando disponível, a fonte original da informação seja ouvida em juízo<sup>73</sup>. No entanto, prevalece o entendimento de que tal previsão não deve ser lida como uma regra contra *hearsay*<sup>74</sup>. O BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Federal alemão, equivalente ao nosso STJ) já declarou que não viola o princípio da imediação a oitiva de uma testemunha com menos conhecimento sobre o fato em lugar de uma com mais conhecimento<sup>75</sup>. Apesar disso, no mesmo julgamento, o BGH entendeu que o tribunal regional não cumpriu adequadamente o seu dever de investigar os fatos de forma completa ao se dar por satisfeito com a testemunha indireta, deixando injustificadamente de examinar a testemunha direta. Ademais, o Tribunal Federal tem precedente no sentido de que o depoimento indireto tem valor probatório inferior e precisa ser corroborado por outras provas<sup>76</sup>.

Um modelo legal que confere proteção mais robusta ao direito ao confronto pode ser encontrado nas legislações portuguesa<sup>77</sup> e italiana<sup>78</sup>. Em linhas gerais,

---

73 § 250 do StPO (tradução livre): “Se a prova de um fato se basear numa observação feita por uma pessoa, esta será interrogada na audiência principal. O exame não poderá ser substituído pela leitura da ata de exame anterior ou pela leitura de declaração”. O § 251 do StPO admite a leitura do depoimento anterior caso a testemunha esteja impossibilitada de comparecer à audiência principal, por exemplo, em caso de morte ou enfermidade que impeça o seu comparecimento por longo período.

74 WINSEL, *Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht*, p. 66.

75 BGH – 3 StR 92/03.

76 BGH – 1 StR 40/02.

77 Art. 129 do Código de Processo Penal português: “1 - Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas. 2 - O disposto no número anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha. 3 - Não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos”.

78 Art. 195 do Código de Processo Penal italiano (tradução livre): “1. Quando a testemunha se refere, para conhecimento dos fatos, a outras pessoas, o juiz, a pedido de uma das partes, deve ordenar que sejam chamadas a depor. 2. O juiz também pode ordenar de ofício a oitiva das pessoas indicadas no n.º 1. 3. A inobservância ao disposto no n.º 1 torna inutilizáveis as declarações relativas a fatos de que a testemunha tomou conhecimento por outras pessoas, salvo se o exame dessas seja impossível devido a morte, doença ou indisponibilidade. 4. Os oficiais e agentes da polícia judiciária não podem depor sobre o conteúdo dos depoimentos obtidos de testemunhas pelos métodos referidos nos arts. 351 e 357, n.º 2, alíneas a) e b). Nos demais casos aplica-se o disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo. 5. O disposto nos números anteriores aplica-se também quando a testemunha tiver sido informada do fato por outra forma que não a oral. 6. As testemunhas não podem ser ouvidas sobre fatos apurados pelas pessoas indicadas nos arts. 200 e 201 em relação às circunstâncias previstas nos mesmos artigos, a menos que as referidas pessoas tenham testemunhado sobre os mesmos fatos ou os tenham divulgado de outra forma. 7. Não

esse modelo exige que a fonte original da informação incriminadora seja identificada e ouvida em juízo; caso contrário, o depoimento indireto não poderá ser utilizado para fundamentar a sentença condenatória. Trata-se de lógica inversa à atualmente vigente na legislação processual penal brasileira. O art. 209, § 1º, do CPP cria uma regra de inclusão irrestrita do depoimento indireto: a regra geral é que o depoimento direto não precisa ser produzido, pois apenas se o juiz *entender conveniente* é que será determinada a oitiva da testemunha referida. Isso significa que é a produção do depoimento direto, e não a sua ausência, que carece de ser justificada pelo julgador. Com a introdução de uma regra geral de inclusão do depoimento direto, a sua produção passaria a ser a regra, e a não produção a exceção, a demandar fundamentação. As consequências práticas dessa alteração no art. 209, § 1º, do CPP iriam além do que preceitua o art. 155 do CPP quanto à necessidade de prova judicializada para a condenação, pois o art. 155 não impõe qualquer óbice à utilização na sentença do depoimento indireto, seja ele judicial ou extrajudicial, ainda que o depoimento indireto se baseie em rumores ou em informações supostamente fornecidas por pessoa não identificada ou que se tenha deixado de obter o depoimento da testemunha direta, embora fosse possível fazê-lo<sup>79</sup>.

Em razão da regra geral de inclusão do depoimento direto, a acusação não poderá, por estratégia, escolher apresentar em juízo apenas a testemunha que lhe pareça mais conveniente ao objetivo de obter uma condenação<sup>80</sup>. Assim, tendo a testemunha *Z* presenciado o fato e a testemunha *W* ficado sabendo do fato por meio de *Z*, não pode a acusação optar por ouvir *W* e não *Z* em juízo por considerar a primeira mais firme, convincente ou de maior prestígio do que a segunda.

---

pode ser aproveitado o depoimento de quem se recusar ou não puder indicar a pessoa ou fonte de quem tomou conhecimento da notícia dos fatos em exame”.

79 É verdade que, muitas vezes, o depoimento indireto é utilizado justamente para burlar o disposto no art. 155 do CPP (por exemplo, quando a acusação, em lugar de diligenciar para ouvir em juízo as testemunhas ouvidas na fase do inquérito, ouve apenas o policial que colheu os depoimentos). Apesar disso, o tema das testemunhas indiretas demonstra justamente que, embora próximos, o direito ao confronto do Direito anglo-americano não se equipara ao direito à produção de provas em contraditório típico do sistema romano-germânico.

80 No sentido de que, sem qualquer regra contra *hearsay*, as partes teriam uma tendência natural a substituir o depoimento da testemunha ao vivo por alguma fonte indireta, a fim de obter vantagem estratégica: SEIGEL, *Boston University Law Review* 72, p. 923-924. De fato, há boas razões epistêmicas para também priorizar a produção do depoimento direto quando se trata de depoimento indireto favorável à defesa. Tanto é que os dispositivos de legislações estrangeiras aqui utilizados como referência não fazem essa diferenciação. Contudo, como estou a tratar dessa regra pela perspectiva do direito ao confronto, direito exclusivo do acusado, não entrarei nesses casos. Parece-me, porém, que há razões ligadas ao direito à ampla defesa e à presunção de inocência para ser mais leniente com o uso do depoimento indireto em favor da defesa. De toda forma, o *hearsay* favorável à defesa deverá ser valorado pelo julgador conforme a sua confiabilidade.

Caso o Ministério Público arrole somente *W* como testemunha da denúncia, a regra de inclusão do depoimento direto exigiria que o juiz determinasse também a produção da oitiva de *Z*. Sem a oitiva de *Z*, o depoimento de *W* não poderá ser utilizado para fundamentar a condenação<sup>81</sup>. Essa consequência jurídica se impõe, ainda que, constando dos autos o depoimento de *Z* na fase de inquérito, a defesa pudesse ter ela mesma arrolado a testemunha direta. Afinal, a defesa não tem qualquer obrigação de produzir provas para a acusação.

Contra a minha proposta, é possível argumentar que o juiz não deveria determinar a oitiva de uma testemunha incriminadora, pois isso feriria de morte a sua imparcialidade<sup>82</sup>. Se a acusação não se desincumbiu do ônus de providenciar a oitiva da testemunha direta, caberia ao juiz decidir pela absolvição. Não tenho aqui espaço para ingressar na polêmica a respeito dos poderes instrutórios do juiz. Fato é que a legislação já concede ao juiz o poder de complementar a atividade probatória desenvolvida pelas partes (tanto o art. 156 quanto a atual redação do art. 209, § 1º, do CPP). Além disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, entendeu que o art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, o qual veda ao juiz substituir a atuação probatória do órgão de acusação, deve ser interpretado de modo a permitir que o magistrado, dentro do que a lei autoriza, determine a produção de provas voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante<sup>83</sup>. Nesse quadro, minha proposta não expande os poderes de instrução já atribuídos em lei ao julgador, mas apenas impede que ele se contente com o relato incriminador apresentado pela testemunha indireta<sup>84</sup>.

---

81 Pode-se questionar se, nesses casos, o depoimento indireto deverá ser desentranhado dos autos. A meu ver, somente se a informação de segunda mão for a única informação relevante constante do depoimento. Não me parece, contudo, que essa seja a regra. O mais comum é que o depoimento misture informações de primeira e de segunda mão. Nesses casos, o depoimento deverá ser mantido nos autos. Também não é o caso de se declarar o juiz impedido de julgar em razão de eventual contaminação pelo contato com o depoimento indireto, pois, como se pode ver, não é que o depoimento indireto seja inadmissível, a sua valoração que é limitada.

82 Ver, por exemplo: LOPES JR., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional* I, p. 76.

83 STF, ADI 6298, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, J. 24.08.2023.

84 Inicialmente, simpatizei-me pela ideia de que o juiz estaria autorizado a valorar o depoimento indireto na sentença quando a defesa, por estratégia, decidisse por dispensar a oitiva da testemunha direta, já que o fundamento para se determinar a produção do depoimento direto é o direito do acusado a confrontar os seus acusadores. Entretanto, após reflexão, convenci-me de que a exigência de ouvir a testemunha direta continua de pé mesmo que a defesa a dispense. Isso porque a dispensa da oitiva pela defesa não muda o fato de que é injusto presumir a veracidade do relato de segunda mão, utilizando-o para fundamentar a pronúncia ou condenação, sem exigir que a fonte original da informação, estando disponível, apresente pessoalmente o seu relato. Essa norma de justiça, ao ser incorporada pela lei, vincula o Estado independentemente da vontade do acusado, pois normas assim impedem que o Estado trate os indivíduos de determinadas formas, ainda que com o seu consentimento (assim já me posicionei em

Pode-se questionar se haveria motivo para produzir o depoimento indireto ou utilizá-lo na fundamentação da decisão, uma vez ouvida a testemunha direta<sup>85</sup>. De fato, é possível que, em certos casos, o depoimento direto torne o indireto redundante e dispensável. Contudo, como já dito, tendo em vista o “desiderato epistemológico de completude”<sup>86</sup>, ter mais evidências costuma ser melhor do que ter menos. Por certo, o depoimento da testemunha indireta pode tanto robustecer quanto enfraquecer o peso probatório do depoimento direto. Assim, não se duvida da relevância em ouvir, por exemplo, a professora para quem uma criança relatou, pela primeira vez, ter sido vítima de abuso sexual, especificamente a respeito do que a criança lhe contou, ainda que a vítima também preste depoimento em juízo. Além disso, não se pode descartar a possibilidade de que o depoimento indireto se apresente, na situação concreta, como sendo mais completo e preciso do que o próprio depoimento direto. Imagine a seguinte situação: a testemunha X, logo após o crime, relata ao amigo Y tudo o que presenciou. Para não esquecer nenhum detalhe, Y anota imediatamente em seu diário o que lhe foi contado por X. Posteriormente, X sofre um acidente que afeta parcialmente a sua memória sobre o evento, mas ainda tem condições de prestar depoimento em juízo. Tendo registrado tudo por escrito, Y se recorda perfeitamente do relato apresentado por X. Com efeito, haverá interesse e valor em se ouvir não apenas X, mas também Y.

A reforma do art. 209, § 1º, do CPP no sentido de convertê-lo em uma regra geral de inclusão do depoimento direto teria impactos importantes para o procedimento do Tribunal do Júri. Em primeiro lugar, a decisão de pronúncia, assim como a sentença condenatória, não poderia se fundamentar no depoimento indireto quando não ouvida em juízo a fonte original da informação incriminadora. Em segundo lugar, não se poderia permitir que o júri ouvisse a testemunha indireta sem ouvir também a testemunha direta. Isso porque, como o júri não fundamenta as suas decisões, não há como controlar *a posteriori* a influência do depoimento indireto na construção do veredito.

Considerando que a prova oral apresentada durante a sessão de julgamento pelo júri costuma ser uma repetição da prova produzida na fase de pronúncia, as partes e o juiz presidente terão, na maioria dos casos, condições de definir, na abertura da sessão, quais testemunhas poderão ser ouvidas, se há algum fato

---

BADARÓ, *Teoria da criminalização*, p. 177). Agradeço a um avaliador anônimo que questionou a posição adotada em versão anterior deste artigo.

85 Agradeço a um avaliador anônimo ter levantado esse ponto.

86 HAACK, *Evidence Matters*, p. 40.

a respeito do qual elas não poderão ser questionadas e qual deverá ser a ordem das oitivas (o preferível é que a testemunha direta seja ouvida antes da indireta). Assim, se, na fase de pronúncia, foram ouvidas as testemunhas que presenciaram o fato (testemunhas diretas) e o policial que colheu os seus relatos na fase de investigação (testemunha indireta), a acusação não poderá questionar o policial, perante os jurados, a respeito do que lhe foi relatado pelas testemunhas, se tais testemunhas não foram anteriormente apresentadas aos jurados. Testemunhas de “ouvir dizer” que sequer identificam a fonte original da informação (por exemplo, uma testemunha que afirme que “lá no bairro todo mundo sabe que fulano matou ciclano”) também não devem ser produzidas diante do júri. O desrespeito a essas exigências acarretaria a nulidade do julgamento. Logo, tendo em vista que o júri exerce um amplo poder decisório sobre o qual há pouco ou nenhum controle jurídico, a regra de inclusão do depoimento direto teria de funcionar eventualmente como uma regra de exclusão do depoimento indireto.

#### 4.2 Alcance e limites do comando de inclusão do depoimento direto

Não tenho aqui a pretensão de fornecer uma descrição final e completa a respeito do direito a confrontar os seus acusadores. No entanto, é a partir do conteúdo mínimo desse direito que buscarei definir melhor o alcance e indicar alguns limites ao comando geral de inclusão do depoimento direto. Em primeiro lugar, *só há direito a confrontar uma testemunha*<sup>87</sup> *quando as suas declarações tiverem conteúdo acusatório*. Com efeito, nem sempre a testemunha que faz referência a uma declaração dada por terceiro está se referindo a alguém que fez uma acusação. Retomemos o caso com o qual abri o presente texto. Imagine-se que a testemunha *C* relate que, depois de ouvir de seu marido *D* a confissão de que ele teria matado *B* a mando de *A*, encontrou com a vizinha *F*, que, ao notar a expressão de choque no rosto de *C*, comentou que ela “parecia ter visto um fantasma”. Com essa declaração, *C* aponta a vizinha *F* como alguém que percebeu diretamente o seu estado físico e emocional, logo após ter ouvido a confissão do marido. Contudo, a declaração atribuída a *F* não tem conteúdo acusatório e, portanto, inexistente a obrigatoriedade de se convocar *F* a prestar depoimento<sup>88</sup>.

---

87 O termo testemunha está aqui sendo utilizado em sentido amplo, incluindo qualquer pessoa que forneça informações a respeito dos fatos em apuração, pouco importando se foi qualificada como testemunha, vítima ou informante. A testemunha pode, inclusive, ter sido arrolada pela defesa, bastando que ela reproduza declaração feita por terceiro que incrimine o acusado.

88 Um jurista da tradição anglo-americana argumentaria, provavelmente, que a declaração de *F* não tem “natureza testemunhal” e, por isso, não se sujeita ao confronto (conferir nota de rodapé 47, *supra*). De fato, há certa proximidade funcional entre o conceito de “natureza testemunhal” do Direito estadunidense e a ideia de conteúdo

Em segundo lugar, por óbvio, *só há direito a confrontar declarações alheias*. Assim, o acusado *A* tem *inicialmente* o direito de exigir a oitiva de *D*, que, segundo a testemunha *C*, teria lhe acusado de ser o mandante do homicídio de *B*. Sem o depoimento do suposto executor e testemunha direta *D*, o depoimento indireto de *C* não poderia, em princípio, ser utilizado para fundamentar a decisão de pronúncia contra *A*. *D*, no entanto, não tem o mesmo direito. Isso significa que, do ponto de vista do direito ao confronto, não há qualquer óbice em se utilizar o depoimento de *C* para pronunciar *D* pelo homicídio de *B*. É comum que se critique a estrutura da *hearsay rule* no Direito anglo-americano por abrir uma exceção e admitir a introdução como evidência de testemunha que deponha sobre ter ouvido o acusado confessar a prática do crime<sup>89</sup>. Os casos mais problemáticos envolvem as chamadas “confissões de cela” (*cell confessions*): um prisioneiro que, muitas vezes visando a obter algum benefício, afirma às autoridades que o seu colega de cela lhe confidenciou ter praticado determinado crime. Esse tipo de depoimento é, sem dúvida, pouco confiável e merece ser tratado com ceticismo. Porém, não há aqui um problema relativo ao direito ao confronto, embora seja cabível discutir a validade desse meio de prova a partir de outros direitos da pessoa imputada, como o direito ao silêncio e à não autoincriminação.

Em terceiro lugar, *não há direito ao confronto se o próprio acusado agiu para impossibilitar o confronto com a testemunha direta*. Vejamos, novamente, o caso em que *C* declara ter ouvido de seu marido *D*, que não pode ser localizado, que *A* o contratou para matar *B* e, em seguida, sumir do mapa. Se o próprio *A* contribuiu para que *D* não estivesse disponível para ser ouvido em juízo, então *A* não pode reclamar da falta de oportunidade para confrontar *D*<sup>90</sup>. O mesmo vale quando o acusado mata ou coage a testemunha direta para que ela não preste depoimento. No entanto, deve haver, pelo menos, alguma evidência independente de que o acusado causou ou contribuiu para a indisponibilidade da testemunha<sup>91</sup> (no exemplo aqui citado, não bastaria o depoimento de *C*, seria necessário algo a mais, como comprovações de que *A* transferiu dinheiro para *D*, de que *A* adquiriu

---

incriminador aqui apresentada. No entanto, parece-me que, diferentemente dessa última, a “natureza testemunhal” de um depoimento depende mais da sua forma do que de seu conteúdo.

89 Ver: SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, p. 153-154. Conferir a exceção à *hearsay rule* prevista pela Regra nº 804 (b.3.B) da *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos.

90 HO, *Oxford Journal of Legal Studies* 19, p. 411.

91 HO, *Oxford Journal of Legal Studies* 19, p. 412. Com efeito, não basta simplesmente alegar que a testemunha direta tem medo do acusado, como feito pelo STJ no precedente mencionado na nota 67. Observa-se que, pelo conteúdo do julgado, as supostas testemunhas diretas nunca teriam sido sequer identificadas.

uma passagem aérea em nome de *D* ou de que *A* instruiu *D* a “sumir do mapa” por um tempo).

As legislações que preveem uma regra geral de inclusão do depoimento direto costumam abrir exceção para os casos em que a testemunha direta não pode depor em razão de morte, doença ou por não ter sido possível localizá-la, ainda que não se possa imputar ao acusado qualquer responsabilidade pela indisponibilidade<sup>92</sup>. A menos que se tenha conferido anteriormente à defesa uma oportunidade de questionar a testemunha direta, o uso, nesses casos, do depoimento indireto para fundamentar a condenação poderia, em princípio, ser tido como uma violação ao conteúdo mínimo do direito ao confronto. Se o acusado não deu causa nem contribuiu para a indisponibilidade da testemunha direta, torna-se mais difícil justificar validamente a ausência de oportunidade para inquirir a fonte direta de declarações incriminadoras perante o sujeito que tem o seu direito restringido. Há o risco de que a tentativa de fundamentar a utilização do depoimento indireto, nessas hipóteses, acabe por recorrer a argumentos abstratos ligados a interesses coletivos ou difusos, como “o funcionamento do sistema de justiça”.

Entretanto, se a testemunha direta morreu, foi acometida por doença que impede que ela seja ouvida dentro de um prazo razoável ou não pode ser localizada, embora empreendidos todos os esforços exigíveis, parece-me que insistir que o acusado, ainda assim, tem o direito de confrontá-la é dizer que ele tem direito a algo que é impossível de ser obtido. Imagine o seguinte caso: a testemunha de um estupro grava um vídeo em que descreve os fatos por ela presenciados e acusa alguém pela prática do crime, mas, pouco tempo depois, consumida pela culpa por não ter denunciado o fato antes, comete suicídio. O depoimento gravado se enquadra no conceito anglo-americano de *hearsay*, embora, pela definição corrente nos países do *civil law*, não se qualifique como depoimento indireto (conferir item 1, *supra*). Ainda assim, mesmo para o nosso sistema, haveria inicialmente um problema do ponto de vista do direito ao confronto, pois a defesa não terá oportunidade de confrontar a testemunha que fez a declaração incriminadora. Mas será que um processo penal que pretende chegar a resultados condizentes com a realidade, ao mesmo tempo em que trata acusado, vítima e testemunhas com justiça, pode realmente renunciar a um elemento de prova como esse? Não

---

92 Conferir notas de rodapé 77 e 78, *supra*.

seria a renúncia a esse elemento de prova um “custo que excede o que a sociedade estava preparada para pagar ao reconhecer o direito o confronto”<sup>93</sup>?

Sendo o confronto impossível, acredito que admitir que a gravação integre o arsenal probatório não configura violação ao direito ao confronto. Todavia, tal limitação ao direito ao confronto deve vir expressa na lei. Além disso, uma vez que um dos pilares do direito ao confronto é o direito a não ser prejudicado por evidência que não teve a oportunidade de confrontar, há que se compensar, de alguma forma, esse prejuízo. Por isso, o valor probatório da evidência em questão (no caso, o vídeo gravado pela testemunha antes de morrer) há de ser relativizado, não devendo servir como única prova a suportar a condenação, mas podendo se somar a outras em corroboração. Para além desse argumento de justiça deduzido do direito ao confronto, preocupações de ordem epistêmica demandam, ainda, que se busque elementos independentes capazes de reforçar a confiabilidade desse elemento probatório, sobretudo por se tratar de uma gravação privada produzida sem a presença de qualquer autoridade.

O direito ao confronto, como tantos outros, não é absoluto. Como já apontado por alguns autores, se tratado como absoluto, o seu uso abusivo poderia até sabotar a atividade jurisdicional<sup>94</sup>. Mais fundamental, é que esse direito inevitavelmente esbarrará em *limites deduzidos dos direitos de outras pessoas*. Há que se ter atenção, portanto, para a *abrangência dos deveres correlatos ao direito ao confronto*. Por exemplo, se a fonte original da declaração incriminadora for uma criança ou um adolescente, não se pode exigir que ela seja exposta ao confronto nas mesmas condições que um adulto. Por isso, entendo que não configura violação ao direito ao confronto o procedimento do *depoimento especial* (Lei nº 13.431/2017), que prevê que a oitiva de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de casos de violência, ocorra, em regra, uma única vez e seja conduzida por profissional especializado, em sala separada da sala de audiências, sendo os questionamentos do juiz e das partes apresentados por meio do profissional. Também não vejo como uma limitação indevida ao direito ao confronto permitir *excepcionalmente* que a testemunha direta preste *depoimento de forma anônima* – isto é, impedindo que o acusado (e, eventualmente, a sua defesa) tenha acesso à identidade, qualificação pessoal, imagem e voz da testemunha – quando houver sério risco de que a identificação da testemunha coloque ela ou os seus familiares

---

93 A expressão foi retirada de MAFFEI, *The right to confrontation*, p. 55, mas se baseia no pensamento de Ronald Dworkin (p. 11-12).

94 BADARÓ, *ZIS* 4/2014, p. 181.

em situação de perigo à vida<sup>95</sup>. Com efeito, não seria justo atribuir à testemunha direta, nessas circunstâncias, o dever de encarar pessoalmente o acusado. Contudo, medidas precisam ser tomadas para minimizar os impactos sobre o direito de defesa (por exemplo, garantir o direito da defesa de se manifestar antes da decisão por ouvir a testemunha anonimamente, de ter acesso a dados mínimos que permitam avaliar a credibilidade da testemunha e de formular perguntas).

## Conclusão

Uma pessoa formalmente acusada da prática de crime tem o direito de confrontar os seus acusadores ou, mais especificamente, de inquirir a fonte original de declaração incriminadora. O reconhecimento desse direito tem consequências para a admissibilidade e valoração do depoimento indireto. Isso não significa, todavia, que a introdução de uma regra semelhante à *hearsay rule* do Direito anglo-americano seja obrigatória. Outra estratégia possível, adotada por alguns ordenamentos jurídicos do *civil law*, é a previsão de uma regra geral de inclusão do depoimento direto, em lugar de uma regra geral de exclusão do depoimento indireto.

Tendo o modelo anglo-americano se mostrado desnecessariamente complexo e pouco funcional, o direito processual penal brasileiro deveria seguir por esse último caminho. Para tanto, o art. 209, § 1º, do CPP teria de ser alterado para exigir que a testemunha direta seja ouvida em juízo, sob pena de o depoimento indireto não poder ser utilizado para fundamentar a condenação. A lei deve trazer expressas as exceções à regra: nos casos de falecimento da testemunha, adoecimento que impeça que ela seja ouvida dentro de um prazo razoável ou impossibilidade de localizá-la, embora empreendidos todos os esforços exigíveis. Porém, nesses casos, a decisão de pronúncia ou condenação não poderá se fundamentar exclusivamente no depoimento indireto. Quando não identificada a fonte original da informação, o depoimento indireto não poderá ser invocado para fundamentar a decisão judicial.

No caso de julgamento pelo Tribunal do Júri, deve-se evitar que os jurados tenham contato com o depoimento indireto sem antes ouvir o depoimento direto, o que significa que, nesse âmbito, a regra poderá vir a funcionar como uma verdadeira regra de exclusão probatória. Assim, produzido unicamente o depoimento indireto perante o júri, e não sendo o caso de aplicação de uma das

---

95 Ver: MAFFEI, *The right to confrontation*, p. 55 ss.

exceções previstas em lei, a consequência será a nulidade do julgamento. No caso de aplicação de alguma das exceções legais, a produção do depoimento indireto perante os jurados só deverá ser autorizada após verificada a existência de provas que corroborem o depoimento indireto e de elementos que suportem a sua confiabilidade.

Enquanto a lei não for alterada, os julgadores deverão ter cautela ao avaliar o peso probatório do depoimento indireto. Embora razões de ordem epistêmica não sejam capazes de justificar uma vedação total ao uso de depoimentos indiretos, elas recomendam que se investigue o grau de confiabilidade desse tipo de evidência. Além disso, considerações de justiça impedem que se admita o depoimento indireto como único fundamento das decisões de pronúncia ou de condenação. Logo, espera-se que o STJ, no Tema Repetitivo nº 1260, firme a tese de que o depoimento indireto não pode, sozinho, fundamentar a decisão de pronúncia ou condenação. A fim de evitar que esse entendimento seja relativizado com base em considerações relativas à confiabilidade e/ou necessidade do depoimento indireto, o respeito ao direito do acusado ao confronto, consagrado em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, deve figurar entre os fundamentos da tese fixada.

## Referências

ALLEN, Ronald J. The Evolution of the Hearsay Rule to a Rule of Admission. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 76, p. 797-812, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2271>. Acesso em: 11 maio 2025.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A utilização da *hearsay witness* na Corte Penal Internacional. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 9, n. 4, p. 177-188, 2014. Disponível em: [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2014\\_4\\_810.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_4_810.pdf). Acesso em: 11 maio 2025.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Tatiana. *Teoria da criminalização*. Fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence, specially applied to English practice*. Edited by John Stuart Mill. London: Hunt and Clarke, 5 v., 1827.

BLUMENTHAL, Jeremy A. A wipe of the hands, a lick of the lips: The validity of demeanor evidence in assessing witness credibility. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 72, n. 4, p. 1157-1204, 1993. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol72/iss4/8>. Acesso em: 11 maio 2025.

BOHLANDER, Michael. *Principles of German criminal procedure*. 2. ed. Oxford: Hart, 2021.

BRAGAGNOLLO, Daniel. *Direito ao confronto e declarações do corréu*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

CALLEN, Craig R. Cognitive Strategies and Models of Fact-Finding. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*. Essays in honor of Professor Mirjan Damaška. Oxford/Portland: Hart, 2008. p. 165-178.

CHENG, Edward K.; NUNN, Alexander; SIMON-KERR, Julia. Bending the rules of evidence. *Northwestern University Law Review*, Chicago v. 118, n. 2, p. 295-346, 2023. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol118/iss2/1/>. Acesso em: 11 maio 2025.

DAMAŠKA, Mirjan. Of hearsay and its analogues. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 78, p. 425-458, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1977/>. Acesso em: 11 maio 2025.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 29, v. 177, p. 71-132, 2021.

DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The trial on trial*. Towards a normative theory of the criminal trial. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, v. 3, 2007.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantares. *O direito ao confronto na produção da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

FISHER, Ronald; GEISELMAN, R. Edward. *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing: the cognitive interview*. Springfield: Charles C. Thomas, 1992.

FRIEDMAN, Richard D. A proposal to replace the hearsay rules. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Ann Arbor, v. 57, n. 4, p. 909-927, 2024. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol57/iss4/12>. Acesso em: 11 maio 2025.

FRIEDMAN, Richard D. Confrontation: the search for basic principles. *The Georgetown Law Journal*, Washington, v. 86, p. 1011-1043, 1998. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/165/>. Acesso em: 11 maio 2025.

FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right Across the Systemic Divide. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter. *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška. Oxford/Portland: Hart, 2008. p. 261-271.

FRIEDMAN, Richard D. Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation. *Criminal Law Review*, London, p. 697-709, 1998. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/1754>. Acesso em: 11 maio 2025.

GOSS, Ryan. *Criminal fair trial rights: Article 6 of European Convention on Human Rights*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.

GRANDE, Elisabetta. Legal transplants and the inoculation effect: how American criminal procedure has affected continental Europe. *The Journal of Comparative Law*, New Jersey, v. 64, n. 3, p. 583-618, 2016. DOI: 10.1093/ajcl/avw004.

HAACK, Susan. *Evidence matters. Science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HO, H. A theory of hearsay. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 19, n. 3, p. 403-420, 1999. DOI: 10.1093/ojls/19.3.403.

HÖRNLE, Tatjana. Democratic accountability and lay participation in criminal trials. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor (ed.). *The trial on trial*. Judgment and calling to account. Oxford/Portland: Hart, v. 2, 2006. p. 148-153.

JACKSON, John D. Managing uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor (ed.). *The trial on trial*. Truth and Due Process. Oxford/Portland: Hart, v. 1, 2004. p. 121-145.

LAW COMMISSION. *Evidence in criminal proceedings: hearsay and related topics*. [s.l.]: CP138, 1995. Disponível em: <https://lawcom.gov.uk/project/evidence-in-criminal-proceedings-hearsay/>. Acesso em: 11 maio 2025.

LOFTUS, Elizabeth F. *Memory: surprising new insights into how we remember and why we forget*. Boston: Addison-Wesley, 1980.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2010.

MAFFEI, Stefano. *The right to confrontation in Europe*. Absent, anonymous and vulnerable witnesses. Groningen: Europa Law Publishing, 2012.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 87-110.

MOELLER, Uriel. O “júri” alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. DOI: 10.22197/rbdpp.v2i1.17.

NANCE, Dale A. The best evidence principle. *Iowa Law Review*, [s.l.], v. 73, p. 227-297, 1988. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty\\_publications/463](https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/463). Acesso em: 11 maio 2025.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025.

RAKOS, Richard F.; LANDSMAN, Stephan. Researching the hearsay rule: emerging findings, general issues, and future directions. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 76, p. 655-682, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2175>. Acesso em: 11 maio 2025.

RAMOS, Victor Lia de Paula. *Prova testemunhal*. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. Tese de Doutorado. Universitat de Girona/Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 164p. 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/482109>. Acesso em: 11 maio 2025.

REITER, Heinrich. Hearsay evidence and criminal process in Germany and Australia. *Monash University Law Review*, Melbourne, v. 10, n. 2, p. 51-72, 1984. Disponível em: <https://classic.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/1984/3.html>. Acesso em: 11 maio 2025.

RITTER, Ruiz; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um sistema de informantes? Notas sobre o direito ao confronto e o estímulo a uma justiça criminal underground. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 180-211, 2023. DOI: 10.5102/rbpp.v13i1.8751.

ROTHSTEIN, Paul F.; COLEMAN, Ronald J. Confrontation, the legacy of Crawford, and important unanswered questions. *University of Michigan Journal of Law Reform*, [s.l.], v. 57, n. 4, p. 731-751, 2024. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol57/iss4/3>. Acesso em: 11 maio 2025.

SCANLON, T. M. *What we owe to each other*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHACTER, Daniel L. *The seven sins of memory: how the mind forgets and remembers*. New York: Houghton Mifflin Company, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 631-648.

SEIGEL, Michael L. Rationalizing hearsay: a proposal for a best evidence hearsay rule. *Boston University Law Review*, Boston, v. 72, p. 893-950, 1992.

SIMESTER, Andrew P.; VON HIRSCH, Andreas. *Crimes, harms, and wrongs*. On the principles of criminalisation. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2014.

SPENCER, John R. *Hearsay evidence in criminal proceedings*. Portland: Hart, 2008.

STELTER, Peter. *Die Hearsay Rule und ihre Ausnahmen in englischen Strafprozeß*. Berlin: Walter de Gruyter & CO., 1969.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

VOGLER, Richard. The principle of immediacy in English criminal procedural law. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 126, n. 1, p. 239-247, 2014. DOI: 10.1515/zstw-2014-0013.

VRIJ, Aldert. *Detecting lies and deceit*. Pitfalls and opportunities. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2008.

WIGMORE, John Henry. *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Company, v. 2, 1904.

WIGMORE, John Henry. The history of the hearsay rule. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 17, n. 7, p. 437-458, 1904. DOI: 10.2307/1323425.

WINSEL, André. *Der Zeuge vom Hörensagen im deutschen und US-amerikanischen Strafprozessrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

## Conflito de interesses

A autora declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

## Agradecimentos

Agradeço aos avaliadores anônimos as críticas, os comentários e as sugestões que muito contribuíram para o aprimoramento do texto.

**Sobre a autora:****Tatiana Badaró** | *E-mail:* tatianambadaro@gmail.com

Doutora em Direito (UFMG). Professora (Cedin/MG). Advogada.

**Recebimento:** 20.02.2025**Aprovação:** 16.05.2025