

# ENSAIO SOBRE O TESTEMUNHO DE OUVIR DIZER

Alexandre Chini – Juiz de Direito  
do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Sistema de Provas; 3. Valor Jurídico dos Meios de Prova; 4. Efeitos Jurídicos; 5. O Direto Processual Penal Português; 6. Concluindo.

## 1. INTRODUÇÃO

Todos aqueles que militam no foro criminal certamente já se depararam com hipóteses em que a responsabilidade penal do réu é trazida ao processo através de rumores genéricos ou boatos, consubstanciados nos depoimentos das chamadas *testemunhas de ouvir dizer*.

A questão que se propõe é justamente esta: um conjunto probatório baseado exclusivamente nos testemunhos *de ouvir dizer* é suficiente para sustentar um decreto condenatório?

Para a perfeita solução da questão, revela-se necessária uma breve análise do sistema de provas no Código de Processo Penal.

## 2. DO SISTEMA DE PROVAS

Pois bem, deve-se consignar, desde logo, que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal noticia a adoção do princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional, aduzindo o seguinte:

"VII - O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado de certeza legal... Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil,... nem é prefixada uma *hierarquia* de

provas... Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra."

Referido princípio vem materializado em nossa legislação processual penal, no art. 157 do Código de Processo Penal, na medida em que diz que “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova*”. Nesse enfeixe, os arts. 239 e 408 do Código de Processo Penal também encampam o sistema de livre convicção.

Destarte, segundo a sistemática idealizada pelo Código Processual Penal, o juiz pode fundamentar sua decisão através de sua livre convicção, motivada por qualquer meio de prova válido, dentre eles o indício.

Assim sendo, nada impede que o magistrado, em uma contração lógica, levando em consideração circunstâncias conhecidas e provadas, por indução, conclua pela existência da responsabilidade penal do acusado, baseado na prova indiciária, desde que, evidentemente, esta se revista dos requisitos de gravidade, precisão e concordância. Em outras palavras, significa dizer que esses indícios podem assumir a condição de prova suficiente ao decreto condenatório.

Mas o que são os indícios?

Na forma do art. 329 do Código de Processo Penal, considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239 do Código de Processo Penal). Resumindo, “indício é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre esse” (cf. Hélio Tornaghi, Curso de Processo Penal, volume I, 10 edição, pág. 460).

Sobre a força probante dos indícios, vaticinou a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 344/96, Relator Des. **ENÉAS MACHADO COTTA**, verbis:

“A força probante dos indícios, na lição de Vicente de Azevedo, dado o livre convencimento do juiz, é equivalente a qualquer outro meio de prova. Será naturalmente maior, ou menor, segundo o nexó lógico experimental entre o fato indiciante e o fato a ser provado, seja mais ou menos estrito. (cf. apud **Frederico Marques – Elementos de Direito Processual Penal**, V. 1/378, ed. 1961).

Os indícios não merecem, por certo, apoteose, adverte Malatesta, mas também não merecem a excomunhão maior. É necessário ter cautela na afirmação dos indícios, mas não se pode negar que a certeza pode provir deles (cf. **A lógica das provas em Matéria Criminal**, v. 1/265).” (SJDR/TJRJ, Registrado em 14.05.98, fls. 2.562/2.578).

Assim, se o julgador se convencer da existência do crime, bem como da existência de indícios sérios, suficientes e concretos, impregnados de elementos positivos de credibilidade, relativos à autoria da infração penal, poderá, só com base nesses elementos indiciários, proferir decreto condenatório.

### **3. VALOR JURÍDICO DOS MEIOS DE PROVA**

De início, impõe-se registrar que muito embora possa o magistrado proferir decreto condenatório com base em qualquer meio de prova, esse livre convencimento não pode prescindir de certas regras que compõem a sistemática probante como um todo. De fato, a questão do valor jurídico dos meios de prova é questão de direito, até porque o livre convencimento não quer dizer mero arbítrio na apreciação das provas.

Sobre o assunto, vale destacar parte do voto do Ministro **EVANDRO LINS E SILVA**, quando do julgamento do *habeas corpus* n. 40.609 - Guanabara, 15.7.1964, concedido pelo Excelso Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal que assentou:

“Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se de seu conteúdo.

Livre convicção não é a emancipação absoluta da prova, nem julgamento contrário à prova ou à revelia da prova. Não é, tão pouco, julgamento *ex-informata conscientia*, com o qual não se confunde, porque pressupõe unicamente a livre apreciação da prova, jamais a independência desta, no ensinamento de Manzini...

...A liberdade da apreciação da prova pelo juiz está necessariamente subordinada à natureza do fato que deva ser provado.”

Ora, esse elemento limitador do sistema do livre convencimento é consagrado, inclusive, pela ordem constitucional vigente, que, no inciso IX, do art. 93 da Constituição da República, exige, sob pena de nulidade, que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário.

#### **4. EFEITOS JURÍDICOS**

O tema torna-se relevante quando se enfrenta a questão referente à notoriedade de determinados fatos, mormente o *testemunho de ouvir dizer*, estribado no *disse me disse anônimo*, na *voz popular*, que, por vezes, invadem as narrativas das pessoas que, na maioria das hipóteses, não presenciaram os fatos objetos da acusação.

Com efeito, ao contrário do que ocorre no Processo Civil (inciso I, do art. 334 do CPC), em matéria penal, mesmo os fatos notórios devem ser demonstrados, sobretudo quando versarem sobre a autoria ou a materialidade de determinada infração penal.

No que se refere ao testemunho de *auditu*, não podemos esquecer os registros de Tornaghi, Manzini, Noronha e Bento de Faria, conforme destacado no *Habeas Corpus* n. 344/96 suso mencionado, verbis:

“Quanto aos inconvenientes do testemunho indireto, registra **Tornaghi**, decorrentes da falta de contato do Juiz com aquele que assistiu ao fato e da ausência de percepção imediata do fato pela testemunha, são elementos que podem e devem ser levados em conta na avaliação da prova, mas **não impedem** que se admita o depoimento de quem sabe do fato por ter ouvido falar dele. (cf. **Curso de Processo Penal**, v. 1.399 – 3ª ed)

**Manzini (Vincenzo)**, no seu **Despacho Processual Penal**, v. 3/253 – ed. 1951, tradução de **Santiago Melendo**, escreve: ‘A testemunha de **auditu** não viu o fato, não assistiu à cena delituosa, mas soube por informação de alguém e assim, comparecendo perante a autoridade, vai dizer que soube, o que ouviu.’

Ensina, **Noronha** que: ‘testemunha é a pessoa a quem incumbe narrar ou descrever o fato e suas circunstâncias, de regra, pelo que viu (**testemunha visual**) ou ouviu (**testemunha auricular ou de oitiva**)’. (cf. **Curso de Direito Processual Penal**, p. 112 – 7ª ed.).

**Testemunha** enfatiza **Bento de Faria**, é a pessoa que, em Juízo, atesta o fato de que tem conhecimento, por tê-lo presenciado ou **ouvido**. (cf. **Código de Processo Penal**, v. 1/308 – 2ª ed.)

Por outro lado, também não podemos ignorar que a *voz popular*, derivada de comentários anônimos, inspirada em boatos ou em fatos notórios, em determinados casos, está impregnada de sugestibilidade, alterabilidade, inoriginalidade e flutuabilidade.

**ENRICO ALTAVILLA**, in “PSICOLOGIA JUDICIÁRIA”, Armênio Amado, 1959, Coimbra, vol. 4º., pág. 91, adverte sobre a utilidade jurídico-penal da *voz pública*:

“É suficiente que alguém afirme ter visto uma determinada coisa, para que, de boca em boca, ela se propague, e cada um exteriorize a imagem interior que lhe foi sugerida, de maneira que muitos afirmam ter também visto, e repetem com segurança, como uma percepção real, aquilo que foi um simples fenômeno de imaginação e de sugestão”.

**MALATESTA**, *in* “A LÓGICA DAS PROVAS EM MATÉRIA CRIMINAL”, Saraiva, São Paulo, 1960, vol. II, pág. 93:

“E a soma das insuficiências dos testemunhos crescerá proporcionalmente, à medida que crescem os graus da inoriginalidade, como quando se trata de ouvir dizer de um segundo, de um terceiro, ou de um quarto grau. E a soma dessas insuficiências crescerá indefinidamente, se o ouvir dizer se perder em origens indeterminadas e anônimas.

O conteúdo do testemunho por ciência própria, no sentido anteriormente esclarecido, tem portanto um valor probatório superior ao do testemunho por ouvir dizer; e esta diferença de valor é levada em conta para a exata avaliação objetiva do testemunho.”

**MOACYR AMARAL SANTOS**, *in* “PROVA JUDICIARIA NO CÍVEL E NO COMERCIAL”, Max Limonad, São Paulo, 3.<sup>a</sup> Ed., vol. III, págs. 221/223, professoralmente, destaca:

“Modalidade de testemunho *ex auditu* é o testemunho de *fama pública*. Consiste no depoimento sôbre fatos que a testemunha conhece através da *voz pública*. A razão da ciência da testemunha é a voz pública. Tal testemunha - escreve LESSONA - não constitui propriamente a ciência de determinada pessoa, mas apenas a opinião ou crença pública sôbre os fatos ou seu modo de ser.

Compreende-se o perigo dêsse testemunho. Dêle dizia BONNIER e repetem-no autorizados escritores: ‘Nada de mais vago nem de mais arbitrário do que uma prova em que se consulta a opinião pública, para se lhe perguntar o que pensa de um tal ou qual fato, sem obrigação de verificar êsse perigoso testemunho por meio de uma demonstração direta’. Flutuante, incerta, por vêzes assumindo a natureza de simples “boato”, a voz pública, em regra, não fornece elementos seguros e capazes de dizer onde começa a verdade ou onde termina a mentira. Ou, seguindo Virgílio: ‘Tanto apregoa o que é falso e mau, como o que é verdadeiro’.

**HELENO CLAUDIO FRAGOSO**, *in* “JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL”, editora Forense, 1982, vol. 1<sup>o</sup>., 4<sup>a</sup>. Ed., pág. 521, ressalta o descontrole do testemunho indireto, e adverte:

“Somente em circunstâncias muito excepcionais, o testemunho de ouvir dizer pode proporcionar elementos de convicção seguros ao julgador. O TA da Guanabara, por sua 1<sup>a</sup> C.Crim. na AC 7.525, relator o ilustre Juiz Jorge Alberto Romeiro, vem de proclamar a ‘fragilidade do testemunho de ouvida alheia, como prova criminal, em virtude da mutiplicidade epidêmica das inverdades que gera’, enunciando princípio fundamental da teoria na prova (DO 17.07.73, 9.219).”

Nesse sentido, vale ser destacado o julgamento da Apelação Criminal n.º 4.687/2002, pela segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator Des. **ADILSON VIEIRA MACABU**:

“Acervo probatório impreciso e ensejador de dúvidas, lastreado em fatos pretéritos e imputados ao agente por vago e incerto ouvir dizer, fatos que não foram confirmados sob o crivo judicial.”

A notoriedade, por si só, não é elemento suficiente para uma convicção que possa levar a um juízo condenatório. Até porque, sabemos bem que a liberdade de convencimento não significa que o juiz possa furtar-se ao conteúdo da prova produzida no processo. É-lhe vedado decidir extra-autos, segundo sua ciência particular ou pela notoriedade do fato, uma vez que tal notoriedade não se apresente como resultado da prova. Quer-se o juiz livre na apreciação das provas, mas não independente destas (nesse sentido: **MAGARINOS TORRES** in “PROCESSO PENAL DO JURY NO BRASIL”, Jacintho, Rio, 1939, pág. 186, e **NELSON HUNGRIA** in Revista Forense, vol. 76, pág. 160).

Aliás, quando se permite trazer aos autos rumores anônimos colhidos alhures, ofende-se os princípios: do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal e, da presunção de inocência; todos consagrados no art. 5º, incisos LIV, LV e LVII da Constituição Federal.

**ADALBERTO Q. T. DE CAMARGO ARANHA** in “DA PROVA NO PROCESSO PENAL”, Saraiva, 1987, pág. 189, assevera que:

“O princípio constitucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios de prova admissíveis”.

**OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO** in “A ILICITUDE DA PROVA – TEORIA DO TESTEMUNHO DE OUVIR DIZER”, Livraria Revista dos Tribunais, 2004, pág. 204, sintetiza com perfeição:

“a presunção de inocência, na qualidade de princípio fundamental, visa a preservar o cidadão a que contra ele seja imprimido um processo que tenha características de direta colisão com os direitos fundamentais, ou ainda, da inexistência de qualquer atividade probatória. Querer imprimir uma acusação, que irá estigmatizar a pessoa, sem provas ou com provas que afrontam a dignidade, impõe a atuação do princípio da presunção de inocência, que

funcionará como barreira a que o argüido possa se sujeitar a agressões sem fundamento para tanto, pois se trata de um inocente. Nestas situações deve-se emprestar à pessoa, como regra e não exceção, a plenitude de que a sua inocência é o ponto de partida.”

Assim, dentro do contexto de sugestibilidade, alterabilidade, inoriginalidade e flutuabilidade, a certeza popular dificulta a contradita, cerceando o direito de defesa, isso porque, repita-se, a questão jurídica dos meios de prova é matéria de direito fundamental garantido pela Constituição.

Por este motivo, a negação da autoria que se pretende notória suscitará a aplicação das normas comuns sobre a prova. Ante a ausência de prova sobre a autoria de um fato, a notoriedade deste não a salva, posto que deverá ser demonstrada por outros meios legalmente admitidos em direito, até porque, provar a notoriedade de um fato não equivale a provar o fato ou sua autoria.

## 5. O DIRETO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

O testemunho de *ouvir dizer* e as chamadas *vozes públicas* além de encontrarem enormes dificuldades de se compatibilizarem com as garantias constitucionais, tem sido objeto de controvérsia e debates no plano internacional.

O Direto Processual Penal Português, por exemplo, resolveu enfrentar o tema pela via Legislativa (Decreto-Lei n. 78/87, Código de Processo Penal Português). No que se refere ao testemunho de *ouvir dizer*, corretamente tratado como **depoimento indireto**, estabeleceu no art 129, o que segue:

*“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 documentos da autoria de pessoas diversa da testemunha.*

3. *Não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusa ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos.”* (Manuel Lopes Maia Gonçalves, *in* **Código de Processo Penal Português** Anotado, 6<sup>a</sup>. edição, Livraria Almedina Coimbra, pág. 254)

A norma legal transcrita embora admita o chamado testemunho de *ouvir dizer*, só o fez em condições excepcionais, tendo o cuidado de vedar sua admissibilidade nos casos em que a testemunha de *ouvir dizer*: “*recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos.*”

Relativamente às chamadas *testemunhas-eco*, o Código de Processo Penal Português em seu art. 130, consigna:

“1. *Não é admissível como depoimento a reprodução de vozes ou rumores públicos.*” (cf. obra citada)

A inadmissibilidade das *vozes e rumores públicos* como meio de prova na legislação penal portuguesa, embora tenha traduzido uma opção do legislador ordinário, não pode ser incorporada pelo direito pátrio, ante o sistema do livre convencimento, que pressupõe a livre apreciação da prova (entre elas a indiciária).

## **6. CONCLUINDO**

De toda sorte, pode-se afirmar, com segurança, que não se pode confundir indícios veementes e concatenados, que legitimam a convicção da responsabilidade penal, com meros testemunhos *de ouvir dizer*, que quanto mais se afastam de sua origem mais se alteram, por vezes, fundados em incertezas, fofocas e boataria.

**Bibliografia:**

Adalberto Q. T. De Camargo Aranha, Da Prova No Processo Penal, Saraiva, 1987, Pág. 189. Alberto Silva Franco, Rui Stoco, Código de Processo Penal - sua interpretação jurisprudencial, Volumes I e II, Editora Revista dos Tribunais. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarancer Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal, 1992, Malheiros Editores Ltda. Álvaro Mayrink da Costa, Jurisprudência Criminal, Lúmen Júris. Bento de Faria, Código de Processo Penal, Vol. I, 1942. C.J.A. Mittermaier, Tratado da Prova em Material Criminal, 3ª. Edição, Editora Bookseller. Carlos Ayarragaray, Crítica do Testemunho, Progresso, Salvador, 1956. Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal anotado, Editora Saraiva, 16ª. Edição. Enrico Altavilla, Psicologia Judiciária, Armênio Amado, 1959, Coimbra, Vol. 4º. Evaristo de Moraes, O Testemunho Perante a Justiça Penal, Livraria Jacinto, 1939. Eugenio Florian, De Las Pruebas Penales, Temis, Bogota, 1969, Tomo II. Enrico Ferri, Princípios de Direito Criminal, Editora Bookseller. Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva. Fernando de Almeida Pedroso, Prova Penal, 1ª. Edição, Editora Aide. Hélio Tornaghi, Curso de Processo Penal, Editora Saraiva. Julio Fabrini Mirabete, Processo Penal, 2ª. Edição, Editora Atlas. José Lisboa da Gama Malcher, Manual de Processo Penal, 2ª. Edição, Editora Freitas Bastos. Geraldo Prado, Guaraci Viana e Willian Douglas, Ensaio Crítico sobre Direito Penal e Direito Processual Penal. Editora Lúmen Júris, 1995. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Editora Bookseller. Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, Editora Forense, 2ª. Edição. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva, Organizado por Sérgio Salomão Shecaira, Editora Métodos. Malatesta, A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Saraiva, São Paulo, 1960, Vol. II. Magarinos Torres, Processo Penal do Jury no Brasil, Jacintho, Rio, 1939. Nélio Roberto Seidl Machado, O Devido Processo Legal e sua eficácia nos Tribunais, Vol. I e II, Editora Lúmen Júris. Nelson Hungria, Revista Forense, Vol. 76. RT 555/114. RT 758/583. RT 218/96. RT 412/288. Revista de Direito do TJRJ, 27/340. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, A Ilicitude da Prova – Teoria do Testemunho de ouvir dizer, Livraria Revista dos Tribunais, 2004. Heleno Claudio Fragoso, Jurisprudência Criminal, Editora Forense, 1982, Vol. I. 4ª. Ed. Moacyr Amaral Santos, Prova Judiciaria no Cível e no Comercial, Max Limonad, São Paulo, 3.ª Ed., Vol. III.