

Prova. Testemunho de ouvir dizer.

Heleno Fragoso

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.^a 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 multiplicidade epidêmica das inverdades que gera”, enunciando princípio fundamental na teoria da prova (DO 17.7.73, 9.219).

É comum em nossos tribunais, notadamente na Justiça Militar, presenciarmos indagações formuladas pelas partes às testemunhas, invocando-se o eventual conhecimento dos fatos “mesmo por ouvir dizer”. A matéria justifica algumas considerações.

No antigo sistema das provas legais não se admitia a testemunha de ouvir dizer. Segundo tal sistema, o testemunho era previamente valorado, para exclusão em determinadas situações. A testemunha estava adstrita a depor sobre fatos de que teve conhecimentos *proprii sensibus (testis debet deponere de eo, quod novit et praesens fuit et sic per proprium sensum, et non per sensum alteris)*. Daí a distinção, que remonta ao direito romano, entre testemunha direta e indireta. A testemunha de ouvir era inadmissível (MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, trad. 1.907, II, 121, com citação de passagens de QUINTILIANO e CÍCERO).

Testemunho indireto é o que se refere a coisas ditas por outras pessoas, certas e determinadas, não se confundindo com a referência genérica e indeterminada de rumores anônimos.

O direito anglo-americano, em que ainda prevalece, em larga medida, o sistema de provas legais, declara inadmissível o testemunho por ouvir dizer (*hearsay*). Segundo KENNY, a desvalia desse tipo de prova foi reconhecida na Inglaterra desde 1202, encontrando-se em velhos textos de BRACON, do século XIII, a desaprovação do *testimonium de auditu alieno*. O testemunho por ouvir dizer ainda hoje não é admitido (salvo em poucos casos excepcionais), não por sua irrelevância, mas por sua insegurança (*hearsay is forbidden for unreliability, not for irrelevancy*) (KENNY'S *Outlines of Criminal Law*, 17.^a

ed., preparada por J. W. C. Turner, Cambridge, 1958, 460). No direito anglo-americano, a proibição da prova por ouvir dizer deflui também de certos princípios do processo penal conforme à *common law*, notadamente a regra da oralidade do testemunho. Não é admissível a prova que não for produzida diante do júri.

No direito continental, no entanto, não há proibição jurídica à admissibilidade da prova por ouvir dizer, segundo a regra geral do princípio do livre convencimento: o juiz lhe atribuirá o valor que julgar cabível (FLORIAN, *Delle Prove Penali*, 1924, II, 189). Desloca-se a matéria, em conseqüência, para o que concerne à *credibilidade* de tais testemunhos. Na teoria da prova examina-se, então, entre as condições que afetam a credibilidade, as relações da testemunha com o fato a ser provado, distinguindo-se o conhecimento *ex propriis sensibus*, do conhecimento indireto (*ex auditu alieno*) e do mero relato do rumor público. Como ensina GORPHE (*L'appréciation des preuves en justice*, 1947, 354), só o testemunho que deflui do conhecimento direto proporciona a verdadeira prova.

A precariedade do testemunho por ouvir dizer é manifesta, particularmente pelas distorções que a narração sucessiva do fato vai sofrendo. A moderna teoria da comunicação demonstrou, a respeito, o que sempre foi de sabedoria popular (“quem conta um conto, acrescenta um ponto”). Por outro lado, estão excluídas, em relação a tal tipo de prova, todas as garantias legais da veracidade do depoimento, como a ausência de compromisso legal, a exclusão do contraditório e do sistema legal de impugnação.

MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., Buenos Aires, 1952, III, 254), mantendo-se em posição radical, afirma que “as atestações indiretas, os conhecimentos reflexos, as deposições *por ter ouvido dizer*, não têm caráter de testemunho, senão que apenas podem ser consideradas como elementos inseguros de informação, através dos quais se pode eventualmente chegar ao verdadeiro testemunho”. E, resumindo as objeções fundamentais, acrescenta: “Com efeito, em tais depoimentos a percepção sensorial que interessa à prova, não é do depoente, senão de quem a manifestou ao mesmo depoente. E o confidente, que seria a verdadeira testemunha, se não é imaginário, escapa à responsabilidade do que disse se o outro não o revela, e se subtrai também à valoração de sua credibilidade; além do fato de que o que se conta de boca em boca se altera e se deforma progressivamente. Deve considerar-se ademais que, com relação a tais testemunhas, coloca-se o Ministério Público, o acusado e as outras partes na condição de não as poder contradizer eficazmente, na tutela de seus respectivos interesses”. Vejam-se também as agudas observações de FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelas, 1865, II, n.º 2.472.

Nosso sistema de direito segue o direito continental, adotando o princípio do

livre convencimento. Não se exclui, portanto, *a priori*, o testemunho por ouvir dizer. Fica ele entregue ao prudente arbítrio do magistrado, que deve sempre considerar as suas imensas limitações e os graves riscos que oferece. Nesse sentido, é bem ilustrativo o acórdão do TA da Guanabara.

São numerosos os casos de graves erros judiciários, cometidos com base em testemunhos por ouvir dizer, entre os quais estão os casos famosos de DREYFUS e JEAN-CALAS.

Texto integral e original do verbete n.º 453, da obra “*Jurisprudência Criminal*”, 4.^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro/RJ, 1982, p.521-523.