SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 776333 - ES (2022/0320212-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA - ES013237
		SARAH RAISSA MONTEIRO CARLOS MARTINS - ES035737
		SARALYNE SANTOS NASCIMENTO - ES037528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL VIEIRA RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM TESTEMUNHOS INDIRETOS E ELEMENTOS DE INQUÉRITO. ART. 155 DO CPP. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A matéria relativa à violação do art. 155 do CPP e à imprestabilidade dos testemunhos indiretos não foi apreciada no acórdão impugnado. Contudo, na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico, de plano, a existência de flagrante ilegalidade apta à concessão da ordem, de ofício.

2. É entendimento desta Corte que "o testemunho de 'ouvir dizer' ou hearsay testimony não é suficiente para fundamentar a pronúncia, não podendo esta, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP". Precedentes.

3. O Magistrado sumariante fez expressa referência aos depoimentos das vítimas prestados na fase policial para fundamentar sua decisão. Além disso, a única testemunha ouvida em Juízo não presenciou o fato, apenas fez referência a informações transmitidas por terceiros.

4. Ordem concedida de ofício para despronunciar o paciente, com extensão ao corréu (art. 580 do CPP).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os

Documento eletrônico VDA41993001 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:55
Código de Controle do Documento: 22d9ab0c-2958-4a35-b5f4-e38f6832dc80

Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, conceder de ofício a ordem de habeas corpus, com extensão ao corréu Gabriel Vieira Rodrigues, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (voto-vista) e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que votou em sessão anterior.

Brasília, 11 de junho de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA41993001 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:55
Código de Controle do Documento: 22d9ab0c-2958-4a35-b5f4-e38f6832dc80

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 776333 - ES (2022/0320212-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA - ES013237
		SARAH RAISSA MONTEIRO CARLOS MARTINS - ES035737
		SARALYNE SANTOS NASCIMENTO - ES037528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL VIEIRA RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM TESTEMUNHOS INDIRETOS E ELEMENTOS DE INQUÉRITO. ART. 155 DO CPP. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A matéria relativa à violação do art. 155 do CPP e à imprestabilidade dos testemunhos indiretos não foi apreciada no acórdão impugnado. Contudo, na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico, de plano, a existência de flagrante ilegalidade apta à concessão da ordem, de ofício.

2. É entendimento desta Corte que "o testemunho de 'ouvir dizer' ou hearsay testimony não é suficiente para fundamentar a pronúncia, não podendo esta, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP". Precedentes.

3. O Magistrado sumariante fez expressa referência aos depoimentos das vítimas prestados na fase policial para fundamentar sua decisão. Além disso, a única testemunha ouvida em Juízo não presenciou o fato, apenas fez referência a informações transmitidas por terceiros.

4. Ordem concedida de ofício para despronunciar o paciente, com extensão ao corréu (art. 580 do CPP).

RELATÓRIO

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

Considerando o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples (CNJ/Recomendação nº 144/2023 e CNJ/Resolução nº 376/2021), adoto o relatório de fls. 66-68 (e-STJ).

VOTO

De início, reconheço que a matéria relativa à violação do art. 155 do CPP e à imprestabilidade dos testemunhos indiretos não foi apreciada no acórdão impugnado.

Contudo, na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico, de plano, a existência de flagrante ilegalidade apta à concessão da ordem, de ofício.

Extrai-se dos autos que a decisão que pronunciou o paciente apresenta a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 56-58):

> *"Trata-se de procedimento para apuração de crime doloso contra a vida, recomendando-se, em geral, seja a decisão de pronúncia moderada em seus termos, evitando assim a possibilidade de influenciar na decisão dos jurados, a quem competirá efetuar o julgamento, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXVIII, da CF/88.*
> *Examinando os elementos probatórios acostados aos autos, verifico que a materialidade do crime doloso contra a vida de Cláudio Ícaro Silva Teodoro e e Lucas Supriano de Barros está consubstanciada nos laudos de exame de lesões corporais de fls. 116 e 25, respectivamente.*
> *No tocante aos indícios de autoria, os mesmos se mostram presentes, conforme se verifica pela oitiva das vítimas na esfera policial que disseram ter visto e reconhecido com absoluta certeza as pessoas dos acusados desferindo os disparos de arma de fogo, se não vejamos:*
> *(...)*
> *Ambas as declarações foram ratificadas em juízo pela oitiva do Policial Civil Érico Vinícius Assis Corres, que foi o investigador no caso em tela (fls. 308). O mesmo esclareceu que as vítimas declinaram os nomes dos acusados Marcos e Gabriel, para ele durante as investigações. Informou, ainda, que conhecida os acusados de outras investigações, pois já integravam o movimento de tráfico de drogas do bairro Ulisses Guimarães.*
> *(...)*
> *Feitos tais registros, resta, pois, induvidoso que a prova testemunhal produzida em juízo, quanto aos acusados Marcos e Gabriel, guarda coerência com os elementos informativos da fase inquisitorial, trazendo indícios de que o crime de homicídio teria ocorrido pelo motivo e nas circunstância delineadas na inicial acusatória, sendo as qualificadoras nela descritas cabíveis, sobretudo porque o seu decote somente é possível quando o julgador concluir, de pronto, estar dissociada dos elementos carreados aos autos, o que não se mostra plausível."*

Extrai-se da transcrição que o lastro probatório que embasou a

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

pronúncia consiste, exclusivamente, no testemunho indireto por ouvir dizer realizado pelo Policial Civil Érico Vinícius Assis Correa e em elementos colhidos durante a investigação.

O Magistrado sumariante fez expressa referência aos depoimentos das vítimas prestados na fase policial para fundamentar sua decisão. Além disso, a única testemunha ouvida em Juízo não presenciou o fato, apenas traz informações transmitidas por terceiros.

Remanescem, isoladamente, testemunhos indiretos ou de "ouvir dizer" e elementos de inquérito, que serviram de fundamento exclusivo para a pronúncia do paciente, não obstante a jurisprudência desta Corte Superior.

Isso porque, o entendimento atual deste Tribunal é no sentido de que "*o testemunho de 'ouvir dizer' ou hearsay testimony não é suficiente para fundamentar a pronúncia, não podendo esta, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP"* (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.142.384/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 27/10/2023 e AgRg no REsp n. 2.017.497/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela insubsistência do depoimento do “hearsay testimony” quando isolado, para pronunciar o acusado, no recurso especial *1.444.372 – RS (2014/0070087-4)* de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, do qual se extrai o excerto abaixo:

> *“Aliás, vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per senseum alterius impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, ‘não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta’ (TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 461)."*

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.

Não se pode dar a esse testemunho policial presunção de veracidade.

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

Nesse sentido, a doutrina abalizada de Aury Lopes Jr. sobre o valor probatório do depoimento de policiais:

> *"É preciso partir da premissa de que a prova testemunhal é uma especie do gênero 'provas dependentes da memória', tal como a palavra da vítima ou o reconhecimento pessoal. Portanto é frágil e perigosa por essência. Testemunhas, assim como as vítimas (anterirormente explicado), também possuem severas restrições de sentidos e estão submetidas aos mesmos problemas de falsas memórias, esquecimento, falhas de percepção, de sentidos etc.*
>
> *(...) não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. O problema é outro.*
>
> *Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados."(Lopes Jr. Aury. Direito Processual Penal. 21 ed. São Paulo, Saraiva, 2024. fls. 576-581)*

No presente caso, o policial que serve como testemunha é exatamente o encarregado da investigação e tem motivos para querer validá-la no judiciário, o que deve levar o julgador a ter cautelas na valoração de suas afirmações. Nesse sentido, a professora Janaina Matida:

> *"(...) também há injustiça testemunhal quando se atribui credibilidade a mais do que a devida, única e exclusivamente, por grupo social, étnico e mesmo profissional a que o falante pertença. No que se refere à palavra dos policiais, não há porque lhe atribuir credibilidade prévia, ao menos não em grau superior à credibilidade devida a qualquer pessoa. Policiais ou não, ninguém está livre de cometer enganos, embaralhar ideias e até mesmo incorrer no erro de mentir. "*
>
> *(Matida. Janaína. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal. Acessado em 10/04/2024)*

No mesmo sentido a doutrina de Aury Lopes Jr:

> *"Em última análise, uma prova testemunhal deve ser acreditada ou desacreditada com base na sua qualidade epistêmica, no seu conteúdo, nas circustâncias nas quais se deu a cognição, na sua coerência e verossimilhança, e não de forma apriorística. Um depoimento técnico, por exemplo, vale pelo conhecimento externado e demonstrado na análise daquele caso concreto, e não apenas por ser o falante um "técnico". Enfim, é preciso substituir o "argumento de*

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

autoridade" pela "autoridade no argumento"

(...)

É importante superar a concepção autoritária e antiga (que remonta aos tempos da ditadura) de que a palavra do policial tem "fé pública" ou "presunção de veracidade". Isso é um erro, inaceitável atualmente, pois a cultura do "argumento de autoridade" não mais se legitima de per si em democracia." (Lopes Jr. Aury. Direito Processual Penal. 21 ed. São Paulo, Saraiva, 2024. fls. 576-581)

Assim, o v. acórdão contraria o entendimento consolidado da Quinta e Sexta Turmas desta Corte de Justiça, ao prestigiar o depoimento de testemunha que nada testemunhou, apenas "ouviu dizer" o que outro teria dito. A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 283 E 284/STF. PRONÚNCIA BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS DO INQUÉRITO E TESTEMUNHOS INDIRETOS. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. A completa falta de impugnação aos fundamentos do acórdão recorrido atrai a incidência das Súmulas 283 e 284/STF. O Ministério Público não abordou simplesmente nenhuma das circunstâncias do caso, utilizando inclusive modelos genéricos de redação sem relação com o feito, nem combateu a miríade de argumentos utilizados pelo TJ/RS para despronunciar o réu.
2. A pronúncia não pode se basear exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos informativos do inquérito. Precedentes.
3. O depoimento do policial civil sobre o que ouviu dizer de outras pessoas no inquérito não "judicializa" aqueles elementos da fase inquisitorial, (até pela natureza indireta do testemunho do policial), o que configuraria burla ao art. 155 do CPP.
Entendimento das duas Turmas especializadas em direito penal.
4. A falta de produção de provas essenciais ao deslinde da controvérsia configura perda da chance probatória e torna impossível a pronúncia, consoante a firme jurisprudência superior. Segundo o Tribunal local, as testemunhas presenciais do delito (os tais "populares") não foram ao menos identificadas pela polícia, para permitir, sua ouvida em juízo, enquanto a camisa do réu, aparentemente manchada, não foi examinada sequer para descobrir se o material era mesmo sangue.
5. Tamanha negligência dos órgãos estatais no trato das fontes de prova trouxe prejuízos severos à elucidação dos fatos, pois havia aqui provas materiais que poderiam ter sido analisadas pelo aparato investigador para confirmar sua versão dos fatos, mas ele se contentou com testemunhos indiretos que repetiram informações passadas por pessoas desconhecidas.
6. A simples existência de um voto vencido favorável à pronúncia, na Corte local, não afasta nenhuma dessas conclusões, mesmo porque o voto vencedor está em sintonia com o entendimento deste STJ e não há nenhum dispositivo legal a obrigar que a impronúncia ou a despronúncia ocorram sempre à unanimidade.
7. Até mesmo réus pronunciados por votação unânime na origem podem ser despronunciados nesta Corte Superior - coisa que fazemos

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

com frequência - se os indícios apontados pelas instâncias ordinárias para pronunciá-los não superarem o standard do art. 413 do CPP. Isso significa que até um acórdão unânime precisa estar lastreado em dados concretos para pronunciar o réu; se tais elementos simplesmente não existem, como no caso dos autos, não é o simples proferimento de um voto vencido na origem que obrigará este STJ a manter a pronúncia.
8. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp n. 2.090.160/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.) (Grifos acrescidos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DA PRONÚNCIA. AUSÊNCIA JUDICIALIZADAS APTAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY). INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
1. Paciente denunciado pelo crime de homicídio qualificado. Pronúncia baseada, unicamente, em testemunhos colhidos no inquérito policial - testemunhos indiretos - de ouvir dizer (hearsay).
2. Segundo entendimento dessa Corte Superior, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo Tribunal Popular (REsp n. 1.674.198/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/12/2017).
3. Ordem concedida para despronunciar o paciente, sem prejuízo de nova abertura da instrução do feito diante de provas novas
(HC n. 836.979/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 3/10/2023, DJe de 6/10/2023.) (Grifos acrescidos)

Ante o exposto, **concedo de ofício a ordem** de *habeas corpus* para despronunciar o paciente, nos termos do artigo 414 do CPP.

Acolho e acompanho a nobre sugestão do voto do Ministro Ribeiro Dantas, para estender a concessão da ordem ao corréu Gabriel Vieira Rodrigues, como manda o art. 580 do CPP, já que a frágil base probatória apontada pelo juízo de primeiro grau é a mesma para os dois acusados.

É o voto.

Documento eletrônico VDA41994160 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 14/06/2024 17:20:56
Código de Controle do Documento: 520f0c8b-b394-4cea-a7de-6f23513b9d9e

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 776333 - ES (2022/0320212-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA - ES013237 SARAH RAISSA MONTEIRO CARLOS MARTINS - ES035737 SARALYNE SANTOS NASCIMENTO - ES037528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL VIEIRA RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VOTO-VISTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TENTADO. PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE, QUANTO À AUTORIA, NO TESTEMUNHO INDIRETO DO POLICIAL E RELATOS EXTRAJUDICIAIS DAS VÍTIMAS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155, 209, § 1º, E 212 DO CPP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA DESPRONUNCIAR O PACIENTE. EXTENSÃO AO CORRÉU, PELO ART. 580 DO CPP.

1. A autoria dos acusados foi indicada apenas pela ouvida extrajudicial das vítimas e pelo depoimento judicial do policial que as ouviu no inquérito, tendo o agente narrado em juízo o que os ofendidos lhe disseram durante a investigação.

2. A pronúncia não pode se basear, para a demonstração de qualquer elemento do crime, apenas em indícios do inquérito (observada a ressalva da parte final do art. 155 do CPP para as provas irrepetíveis e cautelares) e testemunhos indiretos, ainda que sejam estes últimos colhidos em juízo.

3. 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. Como tal, esse depoimento não serve para fundamentar a pronúncia ou a condenação e sua única finalidade é indicar a fonte original da informação para que ela seja ouvida em juízo, segundo o art. 209, § 1º, do CPP.

4. As fontes de prova que a polícia encontra nas investigações precisam aportar diretamente aos autos, para que o juiz as valores também diretamente, não podendo substituí-las pelo depoimento do policial acerca de seu teor.

5. *Habeas corpus* não conhecido e ordem concedida de ofício, para despronunciar o paciente, com extensão ao corréu (art. 580 do CPP).

I – RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO**, em que se indica como autoridade coatora a 1ª Câmara Criminal do

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, prolatora de acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 60-63):

> "HABEAS CORPUS – PRONÚNCIA – IRRESIGNAÇÃO – SUCEDÂNEO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. A jurisprudência pátria já firmou posicionamento pela não admissão do uso do Habeas Corpus como substituto devia recursal própria, neste caso, Recurso em Sentido Estrito.
> 2. Habeas Corpus não conhecido".

Na origem, o MP/ES ofereceu denúncia (e-STJ, fls. 11-13) contra o paciente e outros dois corréus pela prática do crime de homicídio tentado qualificado por motivo torpe e meio que dificultou a defesa das vítimas (arts. 14, II, e 121, § 2º, I e IV, do CP). A exordial narra que, na noite de 7/10/2019, os ofendidos estavam conversando na rua, perto da casa de um deles, quando os acusados teriam se aproximado de bicicleta e efetuado disparos de arma de fogo em sua direção, com a intenção de matá-los. O *Parquet* acrescenta que a motivação do crime seria a disputa territorial entre facções criminosas interessadas no tráfico de drogas naquele bairro.

A denúncia foi acompanhada dos termos de ouvida extrajudicial das vítimas (e-STJ, fls. 15-18) e da avó de uma delas (e-STJ, fls. 19-20), bem como dos interrogatórios dos réus (e-STJ, fls. 21-24).

No dia 18/10/2019, o juízo de primeira instância decretou a prisão temporária dos acusados, ordenou a busca e apreensão em seus endereços e determinou a realização de perícia em celulares eventualmente apreendidos (e-STJ, fls. 25-32).

A prisão temporária foi prorrogada em 8/11/2019 (e-STJ, fls. 33-34) e a denúncia foi recebida às fls. 42-43 (e-STJ), em decisão não datada.

No dia 17/2/2022, a magistrada de origem pronunciou os acusados (e-STJ, fls. 56-58), apontando como indícios de autoria a ouvida extrajudicial das vítimas e o testemunho do policial civil que participou das investigações (este último prestado em juízo), confirmando o que os ofendidos lhe disseram no inquérito.

A defesa impetrou *habeas corpus* contra essa decisão, do qual não há cópia nos autos, e o TJ/ES dele não conheceu, no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Nas razões do presente *writ* (e-STJ, fls. 3-10), a defesa afirmou que o não conhecimento do *habeas corpus* impetrado na segunda instância configuraria negativa de prestação jurisdicional. Alegou que, sendo ilegal a pronúncia lastreada unicamente em elementos do inquérito e um testemunho indireto, o Tribunal local tinha o dever de analisar o mérito daquela impetração, já que a referida ilegalidade afetaria a liberdade de locomoção do paciente. Pediu a concessão de medida liminar, para ordenar a apreciação do *habeas corpus* pelo TJ/ES, e sua confirmação quando do julgamento final deste *writ*.

O feito foi originalmente distribuído à relatoria do Ministro Jorge Mussi, que indeferiu a liminar (e-STJ, fls. 66-68).

O juízo de origem e o TJ/ES prestaram informações às fls. 76-91 e 98-102 (e-STJ).

Ouvido, o MPF sugeriu a concessão da ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal local julgue o mérito do *habeas corpus* lá impetrado, em parecer com a seguinte ementa (e-STJ, fls. 93-96):

> "PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO LEGALMENTE CABÍVEL. HOMICÍDIO. NULIDADE. DECISÃO DE PRONÚNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE DE QUE O TRIBUNAL A QUO ANALISE O MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO, COMO ENTENDER DE DIREITO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.
> 1. Essa c. Corte Superior não pode conhecer da matéria referente à utilização exclusiva de elementos do inquérito policial para fundamentar a sentença que pronunciou o ora Paciente, pois o Tribunal a quo não examinou a tese defensiva ventilada. A análise direta desses pontos por esse STJ representaria indevida supressão de instância;
> 2. A Defesa expressamente provocou a Corte de origem a se manifestar a respeito da referida tese, mas o writ originário não foi conhecido porque utilizado como

> sucedâneo do recurso cabível, no entanto, a questão é relevante sob o ponto de vista da Defesa, merecendo ser apreciada pela Corte Estadual, visto que considera-se ilegal a sentença de pronúncia proferida com base exclusiva em provas produzidas no inquérito;
> 3. Desta maneira, entende-se que a ausência de manifestação do Tribunal Estadual sobre a matéria ventilada pela Defesa configurou indevida negativa de prestação jurisdicional;
> 4. Parecer pelo NÃO CONHECIMENTO do writ, mas pela CONCESSÃO DA ORDEM, de ofício, para que o TJES julgue o mérito da impetração originária como entender de direito".

Às fls. 105-107 e 126-131 (e-STJ), a defesa apresentou memoriais, em que reiterou os argumentos da impetração.

Com a aposentadoria do Ministro Jorge Mussi e o término da convocação do Ministro João Batista Moreira, o feito foi redistribuído à relatoria da Ministra Daniela Teixeira (e-STJ, fls. 104 e 108), que os sucedeu.

Na sessão de julgamento de 12/3/2024, a Ministra relatora votou pela concessão da ordem, de ofício, para despronunciar o paciente, com fundamento no art. 155 do CPP e na vedação à pronúncia motivada por depoimento indireto. Pediu vista, então, o Ministro Joel Ilan Paciornik, que votou em 16/4/2023 pelo não conhecimento do *habeas corpus*. Para o vistor, no que foi seguido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o testemunho do policial prestado em juízo bastaria para pronunciar os réus, porque o agente relatou na ação penal o que ouviu das vítimas no inquérito, de modo que seu depoimento não seria indireto.

Solicitei a vista coletiva naquela ocasião e recebi os autos conclusos em meu gabinete no dia 17/4/2023. Observado o prazo regimental de 60 dias (art. 162 do RISTJ), o devolvo para continuidade do julgamento colegiado nesta data.

É o relatório.

II – DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: A DIVERGÊNCIA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DO TESTEMUNHO INDIRETO

O cerne da questão aqui discutida diz respeito à qualificação do depoimento judicial do policial, narrando em juízo o que as vítimas lhe disseram no inquérito, como direto ou indireto.

Existe, de fato, uma oscilação a respeito do tema em nossos colegiados, a justificar a divergência de votos aqui registrada.

No aspecto em que concordamos, decidimos todos, na Quinta e na Sexta Turma, que o depoimento indireto não serve para fundamentar a pronúncia quanto a nenhum elemento do crime, e sobre isso não há controvérsia. Também não divergimos quanto ao fato de que, quando o agente policial relata em juízo apenas os rumores, boatos ou narrativas de pessoas desconhecidas (a *vox publica* referida pelo Ministro Joel Ilan Paciornik), seu depoimento nada comprova.

A questão é que, tradicionalmente, tínhamos entendido que o testemunho do policial sobre aquilo que aconteceu durante a investigação, inclusive sobre os relatos que ouviu de testemunhas oculares **identificadas** (bem como sobre o conteúdo de outros elementos de prova), **é também um testemunho indireto.** Afinal, o policial não viu ele próprio a prática dos fatos típicos, mas somente relata suas impressões sobre o depoimento de um terceiro que, este sim, testemunhou os fatos.

Com essa orientação, destaco exemplificativamente os seguintes julgados de minha relatoria:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTOS INDIRETOS. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. APELAÇÃO. ART. 593, III, "D", DO CPP. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGAMENTO DO CONSELHO DE SENTENÇA. AVANÇO JURISPRUDENCIAL. NULIDADE DO PROCESSO DESDE A DECISÃO DE PRONÚNCIA. DISTINÇÃO ENTRE O PRESENTE CASO E O

PARADIGMA COLACIONADO. AGRAVO DESPROVIDO.
1. Na hipótese, no julgamento de apelo defensivo, a despeito de o Tribunal de origem haver afirmado que a decisão do Conselho se baseou em uma das vertentes probatórias apresentadas, o que afastaria a alegação de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, verifica-se que os acusados foram pronunciados com base apenas em depoimentos de ouvir dizer.
2. Os indícios de autoria foram extraídos tão somente de depoimentos indiretos dos policiais e da testemunha Kadison, que afirmou que foi 'Weslei quem atirou na vítima, ocasionando seu óbito, a mando de Cleidiomar, conforme 'os meninos que andavam' com os réus informaram'. Portanto, na hipótese, não há prova idônea para fundamentar a decisão dos jurados.
3. De igual modo, diante de tal situação constata-se que também não havia indícios de autoria apto a fundamentar a decisão de pronúncia, entendendo-se que a solução mais correta para a presente hipótese seria anular o processo desde a pronúncia, tendo em vista a ofensa ao art. 155 do CPP. Precedentes.
4. Não se aplica o paradigma trazido pelo recorrente, em razão da distinção jurídica com o presente caso.
5. Agravo regimental desprovido".
(AgRg no HC n. 868.253/ES, Quinta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 18/4/2024.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. PRETENSÃO DE PRONÚNCIA A PARTIR DE ELEMENTOS DO INQUÉRITO E TESTEMUNHO INDIRETO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. A pronúncia não pode se basear exclusivamente em elementos oriundos do inquérito e depoimentos indiretos (ainda que sejam estes últimos produzidos em juízo).
2. O depoimento do policial sobre o que ouviu dizer durante o inquérito não 'judicializa' os elementos da etapa extrajudicial, o que configuraria evidente burla ao art. 155 do CPP. Se, durante as investigações, a polícia teve contato com dados probatórios que indicam a culpabilidade do réu, é esses dados que precisam aportar diretamente ao processo, sendo inviável sua substituição pelo testemunho indireto do policial. Precedentes.
3.'Não há nenhum dispositivo legal a obrigar que a impronúncia ou a despronúncia ocorram sempre à unanimidade. Até mesmo réus pronunciados por votação unânime na origem podem ser despronunciados nesta Corte Superior - coisa que fazemos com frequência - se os indícios apontados pelas instâncias ordinárias para pronunciá-los não superarem o *standard* do art. 413 do CPP. Isso significa que até um acórdão unânime precisa estar lastreado em dados concretos para pronunciar o réu; se tais elementos simplesmente não existem, como no caso dos autos, não é o simples proferimento de um voto vencido na origem que obrigará este STJ a manter a pronúncia' (AgRg no REsp n. 2.090.160/RS, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023).
4. Agravo regimental desprovido".
(AgRg no REsp n. 2.105.893/RS, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Nesses dois casos, como em tantos outros, o agente da polícia depôs em juízo sobre o que outra pessoa, identificada e ouvida no inquérito, afirmou extrajudicialmente durante a investigação do delito. Reiteramos, nessas ocasiões, o entendimento de que o testemunho do policial é indiretO, pois não foi o relato direto da testemunha ocular que aportou aos autos da ação penal, mas sim o que policial disse a seu respeito.

Acontece que, em outubro do ano passado, proferimos um acórdão que me parece colidente com essa visão, ao aceitarmos como fundamento da pronúncia o testemunho de uma pessoa que ouviu extrajudicialmente uma suposta confissão do réu. Afirmamos, naquela ocasião, que esse testemunho não seria indireto, como mostra a ementa do julgado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE HOMICÍDIO. TESTEMUNHA QUE PRESENCIOU A

> CONFISSÃO DO ACUSADO. TESTEMUNHO INDIRETO E DE OUVIR DIZER RECHAÇADO. TESTEMUNHO DIRETO DA CONFISSÃO DO ACUSADO. INDÍCIOS SUFICIENTE DE AUTORIA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os testemunhos indiretos não autorizam a pronúncia, por serem considerados de 'ouvir dizer'. Contudo, no caso dos autos, o testemunho direto, prestado em juízo, em que se relata a confissão do acusado, permite a decisão de pronúncia, por atestar a presença de indícios suficientes de autoria.
> 2. Não há falar em testemunho indireto, tendo em vista que a referida testemunha presenciou o próprio acusado confessar a prática criminosa. Assim, o relato da testemunha Luiz Fernando Correa não se trata de declaração de ouvir dizer, mas de testemunho direto da confissão do próprio acusado.
> 3. Destaca-se, ainda, que a prova testemunhal, mesmo que indireta em relação aos fatos, possui validade e relevância na formação do convencimento judicial, quando corroborada por outros elementos probatórios, como ocorre no caso dos autos.
> 4. Agravo regimental desprovido".
> (AgRg no AgRg no AgRg no AREsp n. 2.275.215/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

Esse acórdão diverge daquele proferido no julgamento do REsp 1.916.733/MG, pois lá havíamos concluído, diversamente, que o testemunho sobre eventual confissão extrajudicial do réu é, sim, de natureza indireta. Naquele precedente, o depoimento em questão era um relato da esposa do acusado, afirmando que o réu lhe teria confessado a prática do crime; corretamente, em minha visão, reputamos esse testemunho como indireto (já que não se tratava diretamente das declarações do réu, mas sim de um relato de terceira pessoa a seu respeito) e acolhemos a insurgência defensiva:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. QUALIFICADORAS FUNDADAS EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTO INDIRETO (HEARSAY) COLHIDO NA ESFERA POLICIAL. APLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP AOS VEREDITOS CONDENATÓRIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. PROPOSTA DE MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DESTE STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA SUBMETER O RÉU A NOVO JÚRI.
> 1. Consoante o entendimento atual da Quinta e Sexta Turmas deste STJ, o art. 155 do CPP não se aplica aos vereditos do tribunal do júri. Isso porque, tendo em vista o sistema de convicção íntima que rege seus julgamentos, seria inviável aferir quais provas motivaram a condenação. Tal compreensão, todavia, encontra-se em contradição com novas orientações jurisprudenciais consolidadas neste colegiado no ano de 2021.
> 2. No HC 560.552/RS, a Quinta Turma decidiu que o art. 155 do CPP incide também sobre a pronúncia. Dessarte, recusar a incidência do referido dispositivo aos vereditos condenatórios equivaleria, na prática, a exigir um standard probatório mais rígido para a admissão da acusação do que aquele aplicável a uma condenação definitiva.
> 3. Não há produção de prova, mas somente coleta de elementos informativos, durante o inquérito policial. Prova é aquela produzida no processo judicial, sob o crivo do contraditório, e assim capaz de oferecer maior segurança na reconstrução histórica dos fatos.
> 4. Consoante o entendimento firmado no julgamento do AREsp 1.803.562/CE, embora os jurados não precisem motivar suas decisões, os Tribunais locais - quando confrontados com apelações defensivas - precisam fazê-lo, indicando se existem provas capazes de demonstrar cada elemento essencial do crime.
> 5. Se o Tribunal não identificar nenhuma prova judicializada sobre determinado elemento essencial do crime, mas somente indícios oriundos do inquérito policial, há duas situações possíveis: ou o aresto é omisso, por deixar de analisar uma prova relevante, ou tal prova realmente não existe, o que viola o art. 155 do CPP.
> 6. No presente caso, conforme o levantamento do TJ/MG, as qualificadoras do art. 121, § 2º, I e IV, do CP se fundamentam apenas em um testemunho indireto (hearsay testimony), colhido no inquérito policial. Contrariedade ao art. 155 do CPP configurada.

> 7. Recurso especial provido, para cassar a sentença e submeter o recorrente a novo júri".
> (REsp n. 1.916.733/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 29/11/2021.)

Há, ainda, outro acórdão desta Turma, proferido em novembro do ano passado e também relatado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, em que consideramos direto (e não indireto) o depoimento judicial do policial sobre o que a vítima lhe disse no inquérito, divergindo da solução que mais recentemente adotamos no AgRg no HC n. 868.253/ES e no AgRg no REsp n. 2.105.893/RS, acima transcritos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. TESTEMUNHA QUE PRESENCIOU O RELATO DA VÍTIMA. TESTEMUNHO INDIRETO E DE OUVIR DIZER AFASTADO. TESTEMUNHO DIRETO DO RELATO DA VÍTIMA. INDÍCIOS SUFICIENTE DE AUTORIA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os testemunhos indiretos não autorizam a pronúncia, por serem considerados de 'ouvir dizer'. Contudo, no caso dos autos, o testemunho direto, prestado em juízo, em que se relata o testemunho prestado pela vítima, permite a decisão de pronúncia, por atestar a presença de indícios suficientes de autoria.
> 2. Não há falar em testemunho indireto, tendo em vista que a testemunha relata o depoimento da vítima, a qual apontou, na fase inquisitorial, o ora agravante como sendo o autor do delito, tendo relatado com riquezas de detalhes a sua conduta.
> 3. Agravo regimental desprovido".
> (AgRg no HC n. 848.082/ES, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 6/12/2023.)

Na Sexta Turma, paralelamente, a questão se desenvolveu de forma similar. Num primeiro momento, o colegiado recusou eficácia condenatória ao depoimento do policial sobre os fatos que ouviu serem relatados na investigação, justamente por considerar que o agente não viu os fatos acontecerem, mas somente contou o que outra pessoa (a testemunha direta) relatou no inquérito:

> "HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO. PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.
> 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, na esfera criminal não se admite a condenação do réu baseada em meras suposições, provas inconclusivas, ou exclusivamente colhidas em sede inquisitorial, tal como ocorrido na espécie (AgRg no AREsp 1.288.983/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018).
> 2. Não sendo o depoimento da testemunha ocular repetido em juízo, lastreando-se a prova judicial apenas na oitiva da autoridade policial, que o colheu na fase inquisitiva, ausente prova judicializada para a condenação.
> 3. O delegado não relata fatos do crime tampouco é testemunha adicional do que consta do inquérito policial.
> 4. Utilizados unicamente elementos informativos para embasar a procedência da representação, imperioso o reconhecimento da ofensa à garantia constitucional ao devido processo legal.
> 5. Habeas corpus concedido para anular a sentença, por violação do art. 155 do CPP, e julgar improcedente a representação, nos autos do Processo de Apuração de Ato Infracional 0700016-98.2019.8.02.0038, na forma do art. 386, VII, do CPP".
> (HC n. 632.778/AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 12/3/2021.)

Posteriormente, todavia, a Sexta Turma considerou direto, nas mesmas circunstâncias, o depoimento do policial sobre o que ouviu de testemunha inquirida no inquérito. O acórdão foi proferido por maioria e vencido o relator, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, nestes

termos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. MATERIALIDADE INCONTROVERSA. INDÍCIOS DE AUTORIA QUE NÃO DECORREM, EXCLUSIVAMENTE, DE TESTEMUNHOS INDIRETOS E ELEMENTOS INFORMATIVOS. ANIMUS NECANDI NÃO EVIDENCIADO. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. MOLDURA FÁTICA ASSENTADA NA ORIGEM. CONDUTA QUE NÃO IMPLICOU RISCO À VIDA DO OFENDIDO. AGENTE QUE DESFERIU UM ÚNICO GOLPE CONTRA A VÍTIMA E NÃO PROSSEGUIU COM OS ATOS EXECUTIVOS. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE RIGOR. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Dentro dos limites cognitivos possíveis na via do writ, constata-se que, no caso, os indícios de autoria decorrem de elementos colhidos tanto na fase inquisitorial quanto em juízo. Ainda que tenham sido valorados o depoimento e os reconhecimentos feitos pela vítima na fase de investigação preliminar, também foi considerado o testemunho prestado sob o manto do contraditório e da ampla defesa por um policial civil, sem olvidar ainda o teor do próprio interrogatório do Agravado.
> 2. No hospital, o ofendido apontou a autoria para o Agravado e esclareceu que o crime ocorreu porque teria se recusado a pagar o 'pedágio' - cobrado pela Facção 'Bala na Cara' - para trabalhar no local como flanelinha. Na delegacia, tornou a indicar o Réu como autor da facada que lhe foi desferida, reafirmando a mesma motivação do crime.
> 3. O policial civil, ouvido em juízo, informou que acompanhou as duas oitivas da vítima, no hospital e na repartição policial, tendo confirmado o relato do ofendido quanto à motivação, à forma de execução e à autoria do delito. O agente da persecução penal destacou, ainda, quando questionando a respeito do reconhecimento do Réu feito pelo ofendido, que este não teve dúvidas, porque já conhecia o Acusado.
> 4. O Agravado, embora tenha negado ser o autor do delito, confirmou parte da versão da vítima. Disse que já conhecia o ofendido desde pequeno e que a facção 'Bala na Cara' realiza mesmo a cobrança de 'pedágio' no local do crime.
> 5. O que o art. 155 do Código de Processo Penal veda é que a decisão seja amparada, exclusivamente, em elementos informativos. No entanto, é juridicamente possível que o julgador forme sua convicção a partir do cotejo da prova produzida sob as garantias do contraditório e da ampla defesa com os indícios reunidos na fase extrajudicial. É o que se vê no caso em tela, pois, em juízo, foi colhido o depoimento do policial civil, o que ainda foi sopesado com o interrogatório do Agravado, que confirma parte da versão do ofendido, embora negada a autoria delitiva.
> 6. Somado a isso, o depoimento do policial, nesse caso, não pode ser considerado mero hearsay testimony. O depoente não veio a juízo para simplesmente reproduzir a vox publica (relatar que ouviram dizer alguma coisa), mas sim para revelar informações valiosas que angariou no curso das investigações. O policial civil relatou que acompanhou a vítima em suas duas oitivas na fase preliminar, sendo certo que o depoimento do agente da persecução penal corresponde às declarações prestadas pelo ofendido. 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.
> [...]
> 12. Agravo regimental parcialmente provido para restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição".
> (AgRg no HC n. 755.217/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 6/10/2023.)

Já neste ano de 2024, o mesmo colegiado retornou ao entendimento anterior e considerou indireto o depoimento dos policiais sobre o que ouviram do réu quando de sua ouvida no inquérito e, por consequência, impronunciou o acusado:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA FUNDAMENTAR O VEREDITO. ELEMENTOS

> DE INFORMAÇÃO E DEPOIMENTOS INDIRETOS. INSUFICIÊNCIA. IMPRONÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido sob o contraditório, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.
> 2. Na hipótese, a decisão de pronúncia foi manifestamente despida de legitimidade, sobretudo porque, na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos - produzidos no inquérito, não confirmados em juízo, e em depoimentos indiretos.
> 3. A solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença, como também anular o processo desde a decisão de pronúncia - pois não havia como submeter o recorrente ao Tribunal do Júri com base na declaração colhida no inquérito policial, não corroborada em juízo e em depoimentos indiretos - e impronunciar o acusado.
> 4. Agravo regimental não provido".
> (AgRg no AREsp n. 2.310.072/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/3/2024, DJe de 21/3/2024.)

Cito todos esses acórdãos, alguns deles divergentes, para demonstrar que **há, em síntese, duas vertentes já acolhidas recentemente em nossos colegiados** sobre o que é um testemunho indireto e quais são seus efeitos.

Para a primeira, se a testemunha inquirida na ação penal relatar aquilo que ouviu extrajudicialmente de outra pessoa, identificando-a, esse testemunho ainda assim é considerado indireto, e como tal não serve para justificar a pronúncia (ou condenação) do acusado. É essa a linha que orientou nossos primeiros precedentes sobre o tema (por exemplo, o HC n. 632.778/AL, de 2021) e se faz presente também nos mais recentes (*v.g.*, o AgRg no HC n. 868.253/ES e o AgRg no AREsp n. 2.310.072/DF, ambos julgados neste ano). Foi essa também a opinião da relatora, a Ministra Daniela Teixeira, ao votar pela despronúncia do paciente.

Para a segunda vertente, se a testemunha inquirida em juízo (o agente policial, em geral) relatar declarações de pessoas específicas que ouviu extrajudicialmente, e mesmo que essas pessoas não sejam ouvidas na ação penal, seu depoimento é hábil a fundamentar a pronúncia. Foi o que decidimos, por exemplo, no AgRg no HC n. 848.082/ES, e o que entendeu a Sexta Turma no AgRg no HC n. 755.217/RS; é essa a linha seguida pelos Ministros Joel Ilan Paciornik e Reynaldo Soares da Fonseca em seus votos neste caso.

Essas duas visões colidentes encontram, hoje, precedentes contemporâneos das duas Turmas em seu favor, situação que merece nossa atenção especial.

Nos últimos 4 anos, nossa jurisprudência tem passado por grandes evoluções no trato de temas probatórios, e considero natural que haja, nessa fase inicial de tão profundas mudanças interpretativas, divergências pontuais quanto ao alcance e sentido de nossos precedentes. O presente caso nos dá, então, a oportunidade de sanar parte dessas divergências, pelo menos dentro de nosso colegiado, para que mantenhamos nossa jurisprudência íntegra e coerente, nos termos do art. 926 do CPC.

No cerne das diferenças de entendimento acima elencadas, encontra-se o próprio conceito de testemunho indireto. Que o *hearsay* não serve para fundamentar a pronúncia ou a condenação, isso já está bem firmado; a atual controvérsia jurisprudencial se situa no enquadramento de determinado testemunho como direto ou indireto, quando se identifica a fonte da declaração extrajudicial original. Se não há essa identificação, as duas Turmas não hesitam em recusar eficácia ao testemunho indireto (mesmo porque ninguém pode ser pronunciado ou condenado por simples boatos), e fazem isso à unanimidade:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA FUNDAMENTAR O VEREDITO. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO E DEPOIMENTOS INDIRETOS. INSUFICIÊNCIA. IMPRONÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. O princípio da soberania dos vereditos é mitigado quando os jurados proferem

decisão teratológica, em manifesta contrariedade às provas colacionadas nos autos, casos em que o decisum deve ser anulado pela instância revisora e o réu, submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.
2. Esta Corte Superior não admite a pronúncia - tampouco a condenação, que exige standard probatório mais elevado - fundada, tão somente, em elementos colhidos no inquérito e em depoimentos de 'ouvir dizer', sem que haja indicação dos informantes. Além disso, ainda que seja apontada a fonte originária da informação, caso não tenha ido a óbito, ela deve ser ouvida em juízo, notadamente porque a utilidade processual do depoimento indireto é indicar as testemunhas referidas para sua posterior oitiva, de forma direta. Precedentes.
3. No caso ora em exame, a condenação do réu pelos jurados foi amparada, tão somente, em uma oitiva colhida no inquérito policial e em provas indiretas das testemunhas sigilosas, cujos depoimentos não foram corroborados pelas duas fontes originárias indicadas. Uma delas nem sequer foi arrolada como testemunha e a outra era o réu, que exerceu o seu direito ao silêncio nas fases inquisitorial e judicial. Assim, não havia prova idônea e suficiente para fundamentar a decisão dos jurados, razão pela qual foi violado o art. 593, III, "d", do CPP. Não havia substrato mínimo nem sequer para lastrear a pronúncia do acusado, o que conduz à sua despronúncia ex officio.
4. Embora a análise aprofundada das provas seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem que haja sido atingido um standard probatório suficiente, que se situa "entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (BARD ou outro standard que se tenha por equivalente) - necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado" (REsp n. 2.091.647/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 3/10/2023).
5. O standard probatório para a pronúncia - é dizer, a demonstração da suficiência dos indícios de autoria para submeter o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri - não é alcançado por meio de elementos colhidos na fase inquisitorial e não corroborados em juízo nem por depoimentos indiretos sem a ratificação da fonte originária.
6. Portanto, a solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença como também anular o processo desde a decisão de pronúncia - pois não havia como submeter o réu ao Tribunal do Júri com base em depoimentos indiretos e elementos informativos - e, por conseguinte, impronunciar o acusado.
7. Agravo regimental não provido".
(AgRg no AREsp n. 2.428.788/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA SUA REJEIÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) QUE NÃO SERVE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. OFENSA AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO, PELA POLÍCIA, DAS TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO, IMPOSSIBILITANDO SUA OUVIDA EM JUÍZO. FALTA TAMBÉM DO EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 6º, III E VII, E 158 DO CPP. DESISTÊNCIA, PELO PARQUET, DA OUVIDA DE DUAS TESTEMUNHAS IDENTIFICADAS E DA VÍTIMA. GRAVES OMISSÕES DA POLÍCIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE RESULTARAM NA FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVAS RELEVANTES. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DO DEPOIMENTO DO REPRESENTADO. EVIDENTE INJUSTIÇA EPISTÊMICA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RECORRENTE.
[...]
2. Como relataram a sentença e o acórdão, a namorada grávida e um amigo do recorrente foram agredidos por J F DA S A após este ter consumido bebida alcoólica,

> ao que o representado reagiu, golpeando o agressor com um paralelepípedo. Segundo as instâncias ordinárias, constatou-se excesso na legítima defesa, com base nos depoimentos indiretos do bombeiro e da policial militar que atenderam a ocorrência quando a briga já havia acabado. Esses depoentes, por sua vez, relataram o que lhes foi informado por 'populares', testemunhas oculares da discussão que não chegaram a ser identificadas ou ouvidas formalmente pela polícia, tampouco em juízo.
> 3. O testemunho indireto (hearsay testimony) não se reveste da segurança necessária para demonstrar a ocorrência de nenhum elemento do crime, mormente porque retira das partes a prerrogativa legal de inquirir a testemunha ocular dos fatos (art. 212 do CPP).
> [...]
> 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial e absolver o recorrente, com a adoção das seguintes teses:
> 8.1: o testemunho indireto (também conhecido como testemunho de 'ouvir dizer' ou hearsay testimony) não é apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas referidas para posterior ouvida na instrução processual, na forma do art. 209, § 1º, do CPP.
> 8.2: quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes".
> (AREsp n. 1.940.381/AL, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.)

Precisamos definir, então, se o fato de o depoente judicial (que não viu o crime) identificar a testemunha direta dos fatos (não inquirida em juízo) é bastante para conferir, a qualquer desses testemunhos, a eficácia de fundamentar a pronúncia (ou sentença).

Já adianto que, em minha visão, **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**. Como tal, esse depoimento não serve para fundamentar a pronúncia ou a condenação e sua única finalidade no processo criminal é justamente aquela que afirmamos no acórdão do AREsp n. 1.940.381/AL: indicar a fonte original da informação para que ela sim seja ouvida em juízo a respeito dos fatos, segundo o art. 209, § 1º, do CPP. Esse testemunho indireto não "corrobora" as declarações extrajudiciais da testemunha direta, tampouco é por elas "corroborado", de modo que nenhum deles (nem sua valoração "em conjunto") comprova a ocorrência de qualquer elemento do crime.

Concordo, por isso, com a linha seguida pela Ministra Daniela Teixeira e proponho que unifiquemos nossa interpretação sobre o tema na Quinta Turma, nesses termos.

É o que passo a expor em maiores detalhes.

III – FUNDAMENTAÇÃO: O TESTEMUNHO INDIRETO À LUZ DOS ARTS. 155, 209, § 1º, E 212 DO CPP

Parte das considerações que apresentarei já foram por mim expostas no julgamento do AREsp n. 1.940.381/AL, em dezembro de 2021, mencionado há pouco; peço licença aos colegas para não referenciá-las continuamente neste voto, mas a elas acrescentarei outras que resultam da continuidade de meus estudos sobre o tema desde então.

Como a controvérsia estabelecida na jurisprudência passa pela própria definição do que é um testemunho indireto em si, recorro inicialmente a um dos maiores precursores históricos do direito probatório – o professor John Henry Wigmore – para conceituá-lo:

> "Sob o conceito da 'regra de *hearsay*' compreendemos a norma que proíbe o uso da afirmação de uma pessoa enquanto equivalente a um testemunho do fato afirmado, a não ser que tal pessoa seja apresentada para testemunhar perante o juízo, onde será questionada e examinada sobre os fundamentos de sua afirmação e suas qualificações para fazê-la" (*History of the hearsay rule*. Harvard Law Review, v. 17, n. 7, 1904, p. 437).

No direito norte-americano, o conceito do testemunho indireto (*hearsay testimony*) é dado também no item 801 das *Federal Rules of Evidence*. Pelo texto normativo, *hearsay* é o relato de qualquer alegação, "exceto aquela feita pelo declarante ao prestar testemunho em juízo ou audiência". Tem-se aqui uma dinâmica envolvendo duas pessoas: uma delas, o declarante, é aquele que teve contato com os fatos, que efetivamente testemunhou sua ocorrência; a outra é a pessoa que, após ter ouvido do declarante sua versão sobre os fatos, os relata em juízo. Para a regra norte-americana, esse segundo testemunho é indireto.

Isto é: se a testemunha ouvida em juízo se reporta a palavras ditas por qualquer outra pessoa (o declarante a que se refere a norma) fora do processo judicial, seu depoimento é considerado *hearsay*. Não é relevante, para tanto, que o declarante original seja identificado ou não: mesmo que a testemunha identifique a pessoa que lhe passou a informação, será indireto o testemunho quanto àquilo que o declarante original disse.

O ordenamento jurídico dos EUA foi o campo fértil para a elaboração doutrinária e pretoriana a respeito do *hearsay testimony*, em processo histórico que remonta ao nascedouro do Poder Judiciário daquele país. Fortemente permeada por valores cristãos, uma das principais preocupações com o depoimento de "ouvir dizer" era o fato de que o declarante original – isto é, a testemunha ocular dos fatos, que os repassou à testemunha indireta – não se submetia ao juramento de contar a verdade, até por não ser ouvido em juízo. Com isso, acreditava-se que as palavras do declarante, relatadas indiretamente pela testemunha no processo judicial, não mereciam confiança.

Afinal, o declarante não estava sujeito às consequências *espirituais* de uma eventual mentira, já que não prestou o juramento, perante Deus e os homens, de dizer a verdade. Logo nos primórdios da história judicial norte-americana, assim, o depoimento por *hearsay* foi considerado inadmissível pelos Tribunais, em uma construção jurisprudencial influenciada pelo poder dissuasório divino do juramento, considerado capaz de estimular a testemunha a contar somente a verdade pelo medo de cometer um pecado mortal.

Outras considerações de ordem prática também inspiraram a edificação da doutrina de *hearsay*, bem resumidas por Edmund Morgan:

> "Antes do início do século XVIII, então, encontramos três razões apresentadas para a exclusão do *hearsay*. O tribunal e o júri devem basear suas conclusões no que a testemunha sabe, e não no que ela é crédula o suficiente para acreditar; a testemunha deve revelar esse conhecimento sob a sanção e o medo das consequências que eventual falsidade lhe traria; e a parte adversária deve ter a oportunidade de também lhe inquirir" (*Hearsay dangers and the application of the hearsay concept*. Harvard Law Review, v. 62, n. 2, 1948, p. 182-183).

Para o direito norte-americano, como dito, a orientação geral é a inadmissibilidade do *hearsay testimony* (regra 802), ainda que sejam previstas dezenas de exceções (regra 803). No ordenamento jurídico brasileiro, diversamente, não há nenhuma norma que impeça a própria produção do testemunho indireto. A legislação até a admite implicitamente, quando o art. 209, § 1º, do CPP dá ao juiz a faculdade de ouvir as testemunhas referidas; ora, se foram referidas, assim o foram porque um testemunho indireto anterior as mencionou, o que somente é possível se o testemunho indireto foi ele próprio admitido e colhido anteriormente.

A questão se resolve, entre nós, não no campo da *admissibilidade*, mas da *valoração*: na definição de quais são as *inferências probatórias* que o juiz pode logicamente fazer diante de um depoimento indireto, dentro do sistema de persuasão racional do art. 155 do CPP. Dizer que determinado dado probatório é *admissível*, afinal, não significa dizer que o Judiciário é obrigado a encampar a hipótese fática que ele sustenta. Ao contrário, o magistrado tem o dever de valorar racionalmente a prova, a fim de verificar qual o grau de corroboração que ela, objetivamente, traz à hipótese de culpa ou inocência do acusado.

Aqui, o testemunho indireto falha notavelmente.

Há um (já relativamente antigo) texto alemão cujo título bem resume a fragilidade epistêmica do testemunho indireto: "ouvir dizer é meia mentira" (*Hörensagen ist halb gelogen*, no original, escrito por Manfred Seebode e Fritz Sydow e publicado na Juristen Zeitung, v. 35, n. 15, 1980).

O processo penal brasileiro, sabemos todos, é dependente em absoluto da prova testemunhal. Pouco se produz, aqui, de investigações com fontes de prova variadas, e não raro os

órgãos estatais deixam de perseguir provas importantíssimas, de alto valor epistêmico e qualidade científica, por se contentarem com a coleta pouco sistemática de depoimentos. Isso requer de nós um cuidado ainda maior na valoração dos relatos de testemunhas, até porque serão eles na vasta maioria dos casos (e inclusive neste) o único dado probatório de um ou mais elementos do crime.

Em excelente trabalho sobre o tema, Paula Kagueiama sintetiza as principais preocupações que o juiz deve ter no momento de valoração da prova testemunhal, a fim de evitar os riscos de graves erros judiciários decorrentes da simples presunção de sua veracidade:

> "Portanto, o juiz, ao examinar a prova testemunhal, não deve tomar a sua credibilidade como garantida, tampouco deve considerar, de antemão, que o seu resultado corresponde, com exatidão, aos fatos ocorridos na realidade. Deve-se adotar a corrente epistemológica não presuntivista do testemunho, ou seja, encarar a prova testemunhal com desconfiança epistemológica, exigindo, para a sua aceitação, não apenas a ausência de provas em contrário, como também a existência de provas positivas em seu favor.
>
> Para a análise da existência de provas negativas, a pesarem contra a veracidade do depoimento, deve o juiz investigar, na valoração da prova testemunhal, se a testemunha esteve sujeita (ainda que potencialmente), ao longo do processo de formação de sua memória, aos fatores involuntários de contaminação da prova. Cumpre perquirir, assim, com respaldo nos dados obtidos no curso probatório, se a testemunha estava em condições de perceber corretamente a ocorrência do evento, ou seja, se estava, por exemplo, posicionada em distância e ângulos adequados de observação, se os níveis de visibilidade e luminosidade eram bons, se sua atenção era plena ou se ela poderia ter se desviado por alguma razão (e.g. efeito de focalização da arma), e se estava sujeita a elevados níveis de estresse e emoção. Deve-se considerar, igualmente, se o evento testemunhado foi instantâneo ou, ao contrário, se foi repetido ou continuado. Na primeira hipótese, a percepção e a recordação de detalhes tendem a ser piores do que na segunda hipótese, visto que o tempo de exposição ao estímulo é menor e as condições objetivas do ambiente tendem a ser desfavoráveis.
>
> Outrossim, cabe investigar se a testemunha esteve sujeita, desde o momento da percepção até a evocação de sua memória, a fontes de sugestionamentos, potencialmente, formadoras de falsas memórias. Assim, deve-se averiguar, por exemplo, como a testemunha foi inquirida, seja em fase de inquérito, seja em fase judicial, reforçando, nesse ponto, a importância de serem todas as entrevistas registradas por sistema audiovisual. É de se verificar se a Entrevista Cognitiva foi devidamente observada, se foram dirigidas à testemunha perguntas sugestivas ou concedidos feedbacks após suas respostas.
>
> Também se mostra relevante investigar se a testemunha teve contato ou foi mantida em mesmo espaço com outras testemunhas, de defesa ou de acusação, e se houve uma ampla exposição midiática do caso, com a divulgação de informações sugestivas nos meios de comunicação, entre outros aspectos. Impende observar o tempo transcorrido entre os fatos e a recuperação da memória com o intuito de verificar a possibilidade da ocorrência do fenômeno do esquecimento e do preenchimento das lacunas de memória com informações pós-evento.
>
> Quanto à possível ocorrência de falseamento proposital dos fatos, o juiz deve verificar se a testemunha tinha razões para mentir, verificando, por exemplo, a existência de eventual relação entre ela e as partes processuais e de potencial interesse no que tange ao desfecho do processo.
>
> Nesse ponto, também deve considerar os resultados da aplicação conjugada dos métodos de análise verbal e não verbal da mentira, que devem ser adotados sempre que as partes levantarem fundadas suspeitas sobre a falsidade do depoimento da testemunha" (*Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 290-292).

É impossível fazer uma valoração minimamente justa da prova testemunhal – que dirá seguir o bem fundamentado roteiro de Kagueiama – se o juiz nem tem contato direto com a testemunha. Como poderia o magistrado saber, por exemplo, se as vítimas realmente estavam em condições de identificar os autores dos disparos, ou quais eram as circunstâncias específicas do evento criminoso, ou se tinham algum motivo para incriminar falsamente os réus? Os autos de

ouvida extrajudicial, resumidos ao extremo, nada dizem sobre esses fatores (e-STJ, fls. 15-18). É até possível que outros fatos não relatados pelos ofendidos tenham acontecido naquele momento, mas como suas narrativas nunca foram submetidas diretamente ao escrutínio do contraditório, não há como saber se isso aconteceu ou não.

Justamente para revelar esse tipo de coisa – desde problemas na percepção sensorial dos fatos, até vieses e mentiras propriamente ditas – é que o art. 212 do CPP estabelece que a testemunha é ouvida em juízo, com a possibilidade de perguntas por ambas as partes. Não é esse um meio perfeito e à prova de falhas para se descobrir eventuais inconsistências no relato da testemunha, mas é a principal ferramenta de que a defesa dispõe para fazê-lo. Aqui reside um dos problemas centrais do testemunho indireto: substituir a ouvida das vítimas pelo relato do policial (ou de qualquer outra pessoa) que as ouviu extrajudicialmente tira da defesa a possibilidade de fazer perguntas aos próprios ofendidos e, com isso, acaba com suas chances de impugnar (com alguma probabilidade de êxito) o relato testemunhal.

Acredito não haver dúvidas de que, quando a testemunha ocular dos fatos é inquirida perante o juiz, não só o magistrado tem mais subsídios para aferir a credibilidade de suas alegações, mas também a defesa tem chances mais efetivas de combatê-las. Se tudo que vem ao processo é o resumo de uma ouvida extrajudicial, feita unilateralmente pela polícia e contendo somente as impressões do escrivão sobre o que as testemunhas disseram, convenhamos: não há praticamente nada que o acusado possa fazer para discutir a veracidade do relato, exceto se tiver prova de algum álibi. Um dos mais importantes (únicos, na realidade) instrumentos que a legislação lhe dá para sindicar a prova testemunhal, que é a colocação da testemunha numa cadeira diante do juiz e a possibilidade de, nessa situação, lhe fazer perguntas, é indevidamente subtraído do réu.

Nem se diga que esse vício seria sanado porque o policial foi inquirido em juízo e a defesa pôde lhe fazer perguntas naquela ocasião. O policial não estava na esquina em que aconteceu o tiroteio, não viu os autores dos disparos, não foi atingido pelos projéteis, não sabe em que posição vítimas e autores se encontravam, não sabe qual o ângulo de visão entre uns e outros. A faculdade de a defesa perguntar sobre tais fatos ao policial é absolutamente inócua para o esclarecimento dos fatos.

Ademais, o simples fato de a testemunha ocular ser identificada pela testemunha indireta (o policial, neste caso) em nada resolve essas complicações. A identificação do declarante original é sempre ideal, porque aí ele pelo menos poderá ser ouvido em juízo (art. 209, § 1º, do CPP), mas não altera as dificuldades epistêmicas acima relatadas. Quando a testemunha relata os fatos em juízo diretamente – ou seja, a partir do que efetivamente percebeu acontecer –, as partes e o juiz têm a oportunidade de questionar "os fundamentos de sua afirmação e suas qualificações para fazê-la", na lição de Wigmore. Com isso, é possível que as respostas da testemunha às perguntas que lhe forem feitas tragam ainda mais força ao depoimento, se demonstrarem a solidez da narrativa; ou lhe retirem a credibilidade, caso restem frágeis as razões de sua percepção.

Esse procedimento fica completamente inviabilizado com o testemunho indireto, subtraindo das partes a prerrogativa, garantida no art. 212 do CPP, de inquirir a testemunha direta e buscar expor ao magistrado eventuais inconsistências de seu relato. É claro que a testemunha indireta – o policial aqui – pode ser questionada quando ouvida em juízo, mas isso não afasta a ofensa ao art. 212 do CPP, reitero, porque o declarante direto – aquele que efetivamente percebeu a ocorrência dos fatos – não é inquirido judicialmente.

Além de lesar esse direito legalmente assegurado, a dependência do testemunho indireto também obstaculiza, em alguma medida, a pretensão de se chegar à verdade dos fatos. Conquanto muito se discuta o papel da verdade no processo penal (seja no confronto entre as ideias de verdade formal e material, seja na noção epistêmica de verdade como correspondência), é certo que o depoimento de *hearsay* não tem a segurança necessária para aproximar o processo de qualquer verdade que seja. Se o fizer, o fará apenas por sorte, mas não por sua segurança ou pela conformidade com a legislação processual, para quem a construção do desfecho do processo exige a participação plena de todos os interessados – participação essa obstada, pelo menos com as prerrogativas do art. 212 do CPP, no caso de um testemunho indireto.

Precisamos pensar, então, se realmente queremos caminhar na direção contrária à que temos trilhado nos últimos anos e permitir uma **precarização da qualidade da prova exigida no processo penal**, aceitando uma prova de segurança epistêmica drasticamente menor, como o

depoimento indireto. Acredito que, no exercício da função nomofilática do STJ, o que precisamos fazer é exatamente o oposto: **demandar a progressiva qualificação do contraditório e das provas apresentadas na esfera criminal**. Parece uma visão utópica, quando somos confrontados com autos completamente vazios de provas (como neste caso), mas creio ser esta a interpretação mais adequada dos arts. 155, 209, § 1º, e 212 do CPP.

E mais: se entendêssemos que o testemunho do policial sobre o que ouviu das vítimas não é indireto, precisaríamos admitir também que, na segunda fase do rito da ação penal pelo homicídio tentado, o Ministério Público poderia se contentar novamente com o depoimento do policial como única prova de autoria. Os acusados seriam processados e condenados, então, sem que em nenhum momento os juízes togados e leigos de seu destino pudessem decidir, diretamente e não pelo intermédio das palavras da polícia civil, se acreditam ou não na narrativa das vítimas.

O risco de erros judiciários irreparáveis é enorme nessa situação. Já não temos provas melhores de autoria, já não temos uma investigação capaz de coletar fontes de prova diversificadas, já precisamos depender unicamente (quanto à autoria, pois a materialidade neste caso é incontroversa) do relato das vítimas... Se mantivermos a pronúncia dos acusados, daremos um passo ainda maior rumo à precarização do trato probatório em nosso direito: nem mesmo o contato das testemunhas oculares com o juiz será necessário, bastando que algum policial tenha ouvido os ofendidos e diga ao juiz o teor daquela conversa, numa espécie de **telefone sem fio**.

Para além do cerceamento de defesa, com a burla aos arts. 155 e 212 do CPP, e da perda de qualidade na valoração da prova em si, aceitar um testemunho indireto como prova de qualquer coisa equivale a renunciar à própria essência da jurisdição. É trabalho do juiz, e não do policial civil, examinar e valorar diretamente as provas importantes para a resolução da causa. O magistrado não pode terceirizar para a polícia a tarefa de ouvir as testemunhas para que depois o policial lhe conte o que aconteceu na inquirição extrajudicial. Nada há na legislação que permita essa delegação da atividade instrutória à polícia.

Isso não significa que a ouvida judicial do policial civil responsável pelas investigações é inútil. O policial pode e deve explicar como se desenrolou o inquérito e qual o contexto em que cada prova foi produzida, enriquecendo assim o conjunto probatório e colocando em perspectiva as etapas do raciocínio desenvolvido na investigação. Entretanto, seu depoimento não pode substituir os dados probatórios propriamente ditos. Se, no curso no inquérito, a polícia encontrou fontes de prova (como a arma do crime, testemunhas oculares, filmagens, documentos etc.), essas fontes precisam aportar diretamente aos autos, para que o juiz as valores também diretamente.

Deve o juiz, então, ler e valorar ele próprio a perícia sobre a arma, ouvir e valorar ele próprio os testemunhos colhidos em sua presença e sob o contraditório, assistir e valorar ele próprio as filmagens. Isso é extremamente trabalhoso, mas é essa a atividade de julgar. Não pode o magistrado abrir mão do contato direto com todos esses itens e deixar que o policial civil os valore, para então somente encampar essa valoração feita pela polícia quando ouvir o testemunho do agente. Dito de outro modo: as provas precisam integrar diretamente o processo, e é elas que o juiz deve valorar – não o que disse o policial (mesmo em juízo e identificando a fonte da informação) a seu respeito.

Examinar o teor de um laudo pericial sobre a arma usada para praticar o crime é diferente de ouvir o que o policial diz sobre esse laudo, assim como assistir à filmagem dos fatos é diferente de ouvir o que o policial diz sobre a filmagem. Da mesma forma, ouvir as palavras da boca da própria testemunha numa audiência judicial, com a participação ativa de acusação e defesa, é completamente diferente de ouvir apenas as impressões do policial sobre o que ele perguntou à vítima em outra ocasião, no interior insondável de uma delegacia de polícia e sem a lente ampliadora do contraditório. Por mais fiel que seja o depoimento do agente estatal, ele poderá apenas relatar o que a testemunha ocular lhe falou extrajudicialmente, mas nunca poderá recontar a própria experiência sensorial da testemunha no momento da prática do crime –simplesmente porque nunca a experimentou.

Com efeito, a reconstrução histórica de determinado fato a partir da prova testemunhal é sujeita às imprecisões que lhe são peculiares, porque parte de três elementos distintos: (I) o relato atual de uma pessoa, sobre (II) a impressão que teve no passado ao perceber com seus sentidos físicos (III) determinado evento do mundo externo. Haja vista a construção fluida da memória humana e a dificuldade – para não dizer impossibilidade – de que nossos

sentidos registrem a realidade completa e perfeitamente, todos esses três elementos podem ser diferentes entre si. Tal conclusão é até mesmo intuitiva: o que efetivamente aconteceu no mundo externo não corresponde necessariamente à percepção que a testemunha teve daquele evento, a qual, por sua vez, não é necessariamente igual ao relato feito pela testemunha anos após o fato.

Esses limites epistêmicos da prova testemunhal crescem exponencialmente quando se adiciona um intermediário, no depoimento de "ouvir dizer", porque agora a testemunha terá de informar não suas *próprias* impressões, mas sim as de um *terceiro* não ouvido em juízo. Às três camadas de imprecisão referidas no parágrafo anterior, acrescenta-se pelo menos mais uma: o relato do policial não é necessariamente igual ao relato da testemunha, nem à experiência sensorial daquela e muito menos aos já distantes fatos do mundo externo.

O testemunho indireto até pode, então, servir como prova unicamente de que a testemunha e o declarante original tiveram aquela conversa; na hipótese destes autos, a palavra do policial faz prova de que inquiriu as vítimas no curso do inquérito. Nada prova, contudo, sobre os *fatos* relatados pelos declarantes primevos (as vítimas, neste caso) no inquérito.

Veja-se que há uma diferença sutil: uma coisa é provar que determinado diálogo aconteceu, como aquele travado entre as vítimas e o policial durante a investigação. Essa informação até pode ser provada pelo testemunho indireto do policial, que foi um dos participantes do diálogo. Não é este o meio de prova ideal, já que o inquérito é um procedimento formal e exige a documentação de seus atos (para testemunhos, idealmente em vídeo), mas pode servir para complementar a linguagem padronizada e sempre idêntica dos autos de ouvida extrajudicial.

Outra coisa, completamente diferente, é inferir que os fatos narrados pelas vítimas naquele diálogo são verdadeiros, e para isso o testemunho do policial (que não viu os fatos) não tem utilidade nenhuma. Somente com a inquirição direta da testemunha ocular, sob o crivo do contraditório e com a possibilidade de perguntas pela parte adversa (inclusive para testar a solidez de seu testemunho e descobrir eventuais inconsistências), na forma do art. 212 do CPP, é que seu relato pode comprovar a hipótese fática da acusação.

Por todos esses fatores, considero que é, sim, indireto (*hearsay*, por "ouvir dizer") o testemunho de qualquer pessoa (policial ou não), mesmo quando prestado em juízo, que diga aquilo que outra pessoa (identificada ou não) lhe falou anteriormente. Se há uma testemunha ocular dos fatos, é ela quem deve ser inquirida diretamente pelo juiz (art. 209, § 1º, do CPP), e não se pode substituir seu depoimento judicial por declarações extrajudiciais ou pelo relato de outra pessoa (policial ou não, repito) que a ouviu em outra ocasião.

No caso dos autos, a decisão de pronúncia não deixa dúvidas: quanto à autoria delitiva, a única prova produzida foi o depoimento indireto do policial Érico, que confirmou à juíza o teor das declarações extrajudiciais das vítimas. É o que disse a magistrada de primeiro grau (e-STJ, fl. 57):

> "No tocante aos indícios de autoria, os mesmos se mostram presentes, conforme se verifica pela **oitiva das vítimas na esfera policial** que disseram ter visto e reconhecido com absoluta certeza as pessoas dos acusados desferindo os disparos de arma de fogo, se não vejamos:
>
> > 'Que, de repente, o declarante viu um indivíduo conhecido como MAGRINHO já bem próximo e com uma pistola cromada nas mãos; Que, MAGRINHO disse 'Não corre não'; (...) Que MAGRINHO estava acompanhado dos indivíduos de apelido BUNDINHA e DIDI, cada um armado com um revólver calibri .38 de cor preta; Que os três criminosos continuaram efetuando disparos em direção às vítimas; (...)' (Vitima Cláudio Icaro Silva, depoimento fls. 21.
> >
> > 'Que em dado momento, olhou para cima e viu o 'MAGRINHO'; Que 'MAGRINHO' segurava uma pistola cromada; Que MAGRINHO disse 'Não corre não': (...) Que MAGRINHO estava acompanhado de outros dois indivíduos; Que esses dois indivíduos eram DIDI e BUNDINHA; (...) Que eles estevam com uma pistola e dois revólveres; (Vítima Lucas Supriano de Barros, depoimento fls. 16).
>
> **Ambas as declarações foram ratificadas em juízo pela oitiva do Policial Civil** Érico Vinícius Assis Correa que foi o investigador do caso em tela (fls. 308). O mesmo esclareceu que as vítimas declinaram o nome dos acusados Marcos e Gabriel,

> para ele durante as investigações. Informou ainda que conhecia os acusados de outras investigações pois já integravam o movimento do tráfico de drogas do bairro Ulisses Guimarães" [sic].

A decisão fez, então, uma espécie de valoração holística da prova para contornar a vedação do art. 155 do CPP: como as vítimas só foram ouvidas extrajudicialmente (e sendo os indícios do inquérito inservíveis para sustentar a demonstração da autoria na pronúncia), a juíza entendeu que o depoimento do policial "ratificaria" as declarações iniciais dos ofendidos. Ora, o policial civil prestou aqui um típico depoimento indireto: não viu a prática dos fatos típicos, e tudo que sabe a seu respeito lhe foi contado pelas vítimas.

Somando dois elementos probatórios frágeis e insuficientes para comprovar a autoria (as declarações extrajudiciais e o testemunho indireto a seu respeito), não se tem uma prova nem minimamente sólida. A rigor, esses dois dados probatórios são a mesma coisa: ambos contêm apenas a versão dos ofendidos, que ainda não foi solidificada pelo acréscimo de credibilidade e segurança que viria de sua ouvida em contraditório.

A única informação original do depoimento do policial – isto é, uma informação que não lhe foi passada pelas vítimas – é a alegação de que "conhecia os acusados de outras investigações". Isso, obviamente, não basta para fundamentar a pronúncia, porque (I) a simples existência de investigação em andamento por outro delito não supre a falta de provas do crime apurado nestes autos e (II) não tem a ver com a comprovação de que, na noite de 7/10/2019, os réus teriam disparado contra os ofendidos. Se os réus realmente têm envolvimento com o tráfico de drogas, como disse o policial, cabe então à polícia civil e ao Ministério Público investigá-los e processá-los pelas condutas que entendam ter praticado, no âmbito da Lei 11.343/2006. A convicção do policial sobre eventual prática de tráfico, entretanto, nada diz sobre os homicídios tentados.

Não digo, obviamente, que o policial tenha mentido em seu depoimento. Não há nada nos autos deste *habeas corpus* que indique ser essa a situação. O problema é que, independentemente de o policial ter falado a verdade sobre o que os ofendidos lhe disseram no inquérito (coisa que acredito ter acontecido aqui), permanecem os problemas epistêmicos acima relatados: o policial não viu diretamente os fatos delitivos, não sabe as condições específicas de sua ocorrência (posições das pessoas envolvidas, ângulos de visão e iluminação etc.), nem conhece a existência de outros fatores que possam impactar a credibilidade das versões das vítimas. A inquirição dos ofendidos em juízo, com a possibilidade de a defesa lhes perguntar sobre tais pontos (e ainda outros que nem temos como antever, precisamente porque, assim como o policial, não tivemos contato direto com os fatos), permitiria um exame minimamente preciso sobre a veracidade de suas alegações. Com a supressão dessa fundamental garantia processual (art. 212 do CPP), resta-nos apenas o telefone sem fio do testemunho indireto e a representação precária que ele faz acerca dos fatos.

Em suma, a hipótese acusatória a respeito da autoria tem como únicos elementos de suporte as declarações extrajudiciais das vítimas (insuficientes para a pronúncia, à luz do art. 155 do CPP) e o testemunho indireto do policial sobre elas, prestado em juízo. Considero então a pronúncia inviável, pela mais completa falta de lastro probatório.

Destaco que as instâncias ordinárias, tanto em suas decisões como nas informações que prestaram nestes autos, não apresentaram nenhuma explicação para a falta de inquirição das vítimas em juízo. Isso é relevante porque, excepcionalmente, até se poderia cogitar de irrepetibilidade dos testemunhos extrajudiciais dos ofendidos, a enquadrá-los na parte final do art. 155 do CPP e permitir a valoração de seu depoimento prestado à polícia. Seria esse o caso, por exemplo, de morte das vítimas antes de sua ouvida em juízo, ou de comprovadas (e não apenas alegadas) ameaças que as impedissem de testemunhar honestamente na ação penal. Se por outro lado, a falta de inquirição judicial das vítimas decorreu de inércia do aparato acusador, dificuldades logísticas para ouvi-las, falta de localização ou outro motivo análogo, suas declarações extrajudiciais não podem ser valoradas contra o réu.

Faço esse apontamento porque é extremamente comum vermos, nos autos processuais com que lidamos, a pretensão ministerial de considerar irrepetível o depoimento extrajudicial pelo fato de o *Parquet* não ter conseguido localizar a testemunha para depor em juízo, ou não ter ela comparecido à audiência por alguma outra razão. Essa situação em nada se confunde com a irrepetibilidade, mas mostra apenas que o Ministério Público não conseguiu se

desincumbir a contento de seu encargo probatório – seja por omissão, descuido, falta de recursos materiais ou simples insucesso no cumprimento de diligências.

Irrepetível é aquela prova absolutamente impossível de produzir novamente perante o juiz, o que acontece, *v.g.*, quando a testemunha falece antes disso. Se, diferentemente, o Ministério Público não consegue encontrar a testemunha, ou não dispõe dos meios necessários para promover sua ouvida sob o contraditório, isso não significa que o testemunho era irrepetível, mas somente que a acusação não conseguiu repeti-lo. Investigar, acusar e processar bem são tarefas inerentemente difíceis, e se o Estado não consegue executá-las com o nível de eficácia necessário para atender ao *standard* probatório da pronúncia ou da condenação, a solução não é rebaixar o *standard* para facilitar o trabalho da acusação, mas sim considerar sua hipótese fática como não provada.

Antes de encerrar este voto, considero que há dois esclarecimentos processuais que são importantes para bem compreender minha proposta.

Primeiramente, este colegiado considera possível que o juiz considere determinado fato provado a partir apenas da palavra do policial que viu sua ocorrência; é o que acontece, por exemplo, quando o testemunho dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu é a única prova real de autoria delitiva num caso de tráfico de drogas. Minha compreensão pessoal sobre o tema, que é mais restritiva quanto à valoração do testemunho policial e exige sua corroboração por gravação audiovisual, ficou vencida no julgamento do AREsp 1.936.393/RJ, cuja ementa transcrevo:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. DESATENDIMENTO AOS CRITÉRIOS DE COERÊNCIA INTERNA, COERÊNCIA EXTERNA E SINTONIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. DESTAQUE À VISÃO MINORITÁRIA DO MINISTRO RELATOR QUANTO À IMPOSSIBILIDADE DE A CONDENAÇÃO SE FUNDAMENTAR EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DO POLICIAL. UNANIMIDADE, DE TODO MODO, QUANTO À NECESSIDADE DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE RESTAURAR A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.
> 1. Os depoimentos judiciais dos agentes policiais que efetuaram a prisão do réu em flagrante apresentam inconsistências, detectadas pela sentença absolutória, que não foram adequadamente ponderadas no acórdão recorrido.
> 2. O testemunho prestado em juízo pelo policial deve ser valorado, assim como acontece com a prova testemunhal em geral, conforme critérios de coerência interna, coerência externa e sintonia com as demais provas dos autos, não atendidos na hipótese. Inteligência dos arts. 155 e 202 do CPP.
> 3. Ressalta-se a visão minoritária do Ministro Relator, acompanhada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, segundo a qual a palavra do agente policial quanto aos fatos que afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória. É necessária, para tanto, sua corroboração mediante a apresentação de gravação dos mesmos fatos em áudio e vídeo.
> 4. Embora não tenha prevalecido no julgamento essa compreensão restritiva do Ministro Relator sobre a necessidade de corroboração audiovisual do testemunho policial, foi unânime a votação pela absolvição do réu, por insuficiência de provas, na forma do art. 386, V e VII, do CPP.
> 5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de restaurar a sentença absolutória".
> (AREsp n. 1.936.393/RJ, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022.)

A questão envolvendo o testemunho indireto, porém, é diferente daquela, porque aqui o policial não narrou o que ele realmente viu acontecer, mas apenas o que outras pessoas (as vítimas) lhe disseram que ocorreu.

Quando o policial depõe sobre uma prisão que efetuou ao apreender drogas com o réu, ele está falando de fatos típicos que, supostamente, ele próprio viu e apreendeu com seus próprios sentidos. Seu testemunho, nessa situação, é direto, e nossa jurisprudência (com minhas

ressalvas pessoais) o admite como meio de prova do fato típico. A hipótese é diferente quando, como aconteceu aqui, o policial não viu a prática do fato típico (o homicídio tentado) em si, tendo testemunhado em juízo sobre o conteúdo de uma declaração que outras pessoas (as vítimas) lhe deram. Para a imprestabilidade do testemunho indireto como fundamento da pronúncia ou sentença, então, é irrelevante que a testemunha seja um agente policial ou qualquer outra pessoa. O problema não é a condição profissional ou pessoal da testemunha, mas o fato de que ela não testemunhou diretamente a ocorrência do crime, relatando apenas o que outra pessoa (esta, sim, testemunha direta) lhe disse.

Não debatemos neste julgamento, dessarte, os critérios de valoração do depoimento do policial, mas sim a impossibilidade de o testemunho indireto (do policial ou de qualquer pessoa que seja) justificar objetivamente uma conclusão desfavorável ao réu na pronúncia ou condenação.

Em segundo lugar, reconheço que, como apontou o Ministro Joel Ilan Paciornik, a defesa não interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, e o Tribunal local nem conheceu do *habeas corpus* impetrado em segunda instância – o que, como regra geral, impediria o conhecimento também deste *writ*. O próprio impetrante, aliás, nem pediu a despronúncia, mas somente a anulação do acórdão impugnado para que o TJ/ES julgasse o primeiro *habeas corpus* que foi lá impetrado.

Entretanto, nos casos em que a pronúncia não indica prova apta a sustentá-la, Quinta e Sexta Turmas têm superado esses aspectos procedimentais (que são inegavelmente importantes) pelo objetivo maior de não se colocar na cadeia, para cumprir a longa pena pelo crime de homicídio, uma pessoa contra a qual simplesmente não há prova que atenda ao *standard* exigido neste STJ. É por isso que, mesmo nos casos em que o réu já foi condenado pelo Tribunal do júri, temos excepcionalmente superado a preclusão e despronunciado o acusado, como mostram os seguintes julgados:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO DE PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. TESEMUNHO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. 2. SUPERVENIÊNICA DO JULGAMENTO PELO JÚRI. CONDENAÇÃO TAMBEM BASEADA EM PROVAS EXTRAJUDICIAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. A única prova a respeito da autoria delitiva do paciente consiste em um depoimento de testemunha colhido na fase investigativa que não foi ratificado em juízo. Desse modo, inexistem fundamentos idôneos para a submissão do acusado ao Tribunal do Júri, impondo-se a despronúncia do paciente.
> - "Configura perda da chance probatória, a inviabilizar a pronúncia, a omissão estatal quanto à produção de provas relevantes que poderiam esclarecer a autoria delitiva, principalmente quando a acusação se contenta com testemunhos indiretos e depoimentos colhidos apenas no inquérito" (AgRg no AREsp n. 2.097.685/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022).
> 2. Quanto à superveniência da sentença penal condenatória pelo Tribunal do Júri, embora se trate de novo título que, em regra, prejudica o exame de eventual nulidade da sentença de pronúncia, excepcionalmente, admite-se seu exame, mesmo diante da superveniência de condenação, quando esta for baseada, apenas, em elementos da pronúncia que não são admitidos pelo ordenamento jurídico pátrio.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento".
> (AgRg no HC n. 797.609/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.)

> "RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. SÚMULA N. 284 DO STF. DISPOSITIVO APONTADO COMO VIOLADO DISSOCIADO DAS RAZÕES RECURSAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 593, III, "D", e § 3º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS JUDICIALIZADAS PARA SUSTENTAR A AUTORIA. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CPP VIOLADO. PRONÚNCIA INCABÍVEL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. Não há como conhecer do especial em que a parte aponta como violado dispositivo

> legal com conteúdo normativo dissociado da tese formulada nas razões recursais, por desdobramento da Súmula n. 284 do STF. Na espécie, a defesa indicou a infringência do art. 3º-A do CPP - o qual reforça o princípio acusatório no processo penal -, mas sustentou que a decisão dos jurados não encontra respaldo nos autos, ante a ausência de prova judicializada que comprove a versão do Ministério Público, matéria que não se relaciona à afronta do referido preceito legal. Assim, não há como conhecer integralmente do recurso.
> 2. O recente entendimento adotado pela Sexta Turma do STJ, firmado com observância da atual orientação do Supremo Tribunal Federal, é de que não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório produzido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.
> 3. Na hipótese, o ora recorrente foi pronunciado e condenado por homicídio, mas o único elemento dos autos que corrobora a tese acusatória acerca da autoria é um depoimento colhido na fase de inquérito. Em juízo, tanto na primeira quanto na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, essa testemunha não foi ouvida e nenhum outro depoimento se produziu. Além disso, o acusado, em seu interrogatório, negou as imputações feitas a ele.
> 4. A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório. A decisão de pronúncia foi manifestamente despida de legitimidade, sobretudo porque, na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo.
> 5. A solução mais acertada para o presente caso é não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença, como também anular o processo desde a decisão de pronúncia - pois não havia como submeter o recorrente ao Tribunal do Júri com base em uma declaração colhida no inquérito policial e não corroborada em juízo - e impronunciar o acusado.
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, a fim de anular o processo desde a decisão de pronúncia e impronunciar o recorrente".
> (REsp n. 1.932.774/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.)

Assim, creio que não há sentido prático em submeter os acusados a julgamento pelo júri, com todo o gasto de tempo e recursos públicos que isso implica, para somente após um eventual veredito condenatório declarar os vícios da pronúncia que já vemos claros e bem documentados nestes autos. Aliás, como a decisão de pronúncia manteve os réus presos, também me parece inadequado determinar que o Tribunal local julgue o *habeas corpus* lá impetrado (que era o pedido inicial da defesa), coisa que não sabemos quando ocorrerá e, enquanto isso, os acusados permaneceriam no cárcere por uma decisão de pronúncia evidentemente ilegal.

A simples leitura da decisão deixa evidente que, quanto à autoria, há somente as declarações extrajudiciais das vítimas e o testemunho indireto do policial sobre o que elas lhe disseram no inquérito. Basta ler a decisão para perceber, de imediato, que nenhum outro elemento de prova foi produzido contra os réus, o que configura uma ilegalidade flagrante e permite a concessão do *habeas corpus*, ainda que de ofício, com espeque no art. 654, § 2º, do CPP (principalmente porque os acusados estão presos).

É vívida a descrição de Dostoievski sobre um campo de trabalhos forçados na Sibéria, de Remarque sobre as trincheiras da Primeira Guerra Mundial, de Arendt sobre o julgamento de Eichmann em Jerusalém. Nenhum de nós, porém, acreditaria que, depois de ler essas obras, seria capaz de contar tais eventos com a mesma precisão de seus autores, que os testemunharam presencialmente. À semelhança do policial ouvido neste caso, somos apenas testemunhas indiretas do que Dostoievski, Remarque e Arendt (todos identificados) escreveram. Quando queremos conhecer seus textos, vamos diretamente à fonte, e não nos contentamos em pedir que alguém que já os leu, policial ou não, nos relate suas impressões.

Fazemos isso até em um momento de lazer; não aceitemos menos para decidir sobre as vidas das pessoas.

IV – DISPOSITIVO

Ante o exposto, divergindo respeitosamente dos Ministros Joel Ilan Paciornik e Reynaldo Soares da Fonseca, acompanho a Ministra relatora para **não conhecer** do *habeas corpus*, mas **conceder a ordem, de ofício, a fim de despronunciar** o paciente.

Acrescento ao voto da Ministra Daniela Teixeira, apenas, a sugestão de estender a concessão da ordem ao corréu Gabriel Vieira Rodrigues, como manda o art. 580 do CPP, já que a frágil base probatória apontada pelo juízo de primeiro grau é a mesma para os dois acusados.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0320212-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 776.333 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00260023920198080035 260023920198080035 50052020520228080000

EM MESA JULGADO: 11/06/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA - ES013237
		SARAH RAISSA MONTEIRO CARLOS MARTINS - ES035737
		SARALYNE SANTOS NASCIMENTO - ES037528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL VIEIRA RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu de ofício a ordem de habeas corpus, com extensão ao corréu Gabriel Vieira Rodrigues, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Votaram vencidos os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (voto-vista) e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Messod Azulay Neto, que votou em sessão anterior.

Documento eletrônico VDA41943216 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 12/06/2024 16:48:44
Código de Controle do Documento: 307280DE-FF63-4492-8300-39E912F508B8

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 776333 - ES (2022/0320212-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS	:	RAFAEL ALMEIDA DE SOUZA - ES013237 SARAH RAISSA MONTEIRO CARLOS MARTINS - ES035737 SARALYNE SANTOS NASCIMENTO - ES037528
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL VIEIRA RODRIGUES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VOTO VENCIDO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por MARCOS GABRIEL OLIVEIRA RIBEIRO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu do prévio *writ*, por ser substitutivo de recurso em sentido estrito.

A defesa aduz, em síntese, que houve negativa de prestação jurisdicional, uma vez que a Corte local deveria ter conhecido da sua impetração para anular a decisão de pronúncia lastreada apenas em provas de "ouvir dizer" e em testemunhos indiretos. Pugnou, assim, fosse determinado ao Tribunal de origem o conhecimento do *writ* lá impetrado.

Na sessão do dia 12/3/2024, a Relatora, Ministra Daniela Teixeira, concedeu a ordem de ofício, em maior extensão, para despronunciar o paciente. O Ministro Joel Ilan Paciornik pediu vista dos autos e, na sessão do dia 16/4/2024, proferiu voto pelo não conhecimento do *mandamus*, o qual foi por mim acompanhado.

Com efeito, conforme destacado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik, o presente *habeas corpus* possui, pelo menos, dois óbices iniciais. Primeiramente, há manifesta supressão de instância, reconhecida inclusive pela defesa, que pede apenas seja determinado o conhecimento do *writ* na origem. Em um segundo momento, há preclusão da decisão de pronúncia, que não foi impugnada oportunamente, por meio do recurso

cabível.

Ainda que superados mencionados óbices, a meu ver instransponíveis, a hipótese dos autos não pode ser tratada como pronúncia embasada em meros testemunhos de "ouvir dizer" ou apenas em provas extrajudiciais. De fato, embora a prova de "ouvir dizer" seja necessariamente um testemunho indireto, nem todo testemunho indireto é uma prova de "ouvir dizer". Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não se admite a pronúncia fundada apenas em provas "ouvir dizer", sem que haja indicação das fontes originárias da informação e outros elementos que corroborem a versão apresentada.

O "depoimento do policial, nesse caso, não pode ser considerado mero hearsay testimony. O depoente não veio a juízo para simplesmente reproduzir a vox publica (relatar que ouviram dizer alguma coisa), mas sim para revelar informações valiosas que angariou no curso das investigações. O policial civil relatou que acompanhou a vítima em suas duas oitivas na fase preliminar, sendo certo que o depoimento do agente da persecução penal corresponde às declarações prestadas pelo ofendido. 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". (AgRg no HC n. 755.217/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 6/10/2023.)

Não podem ser desprezadas igualmente eventuais particularidades:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (POR TRÊS VEZES). GRUPO DE EXTERMÍNIO. PLEITO PELA IMPRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA EXCLUSIVA DE TESTEMUNHOS DE "OUVIR DIZER". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA SOB O ENFOQUE EM QUESTÃO. CONDENAÇÃO PERANTE O PLENÁRIO DO JÚRI. PREJUDICIALIDADE. MÉRITO. TESTEMUNHOS AFIRMANDO QUE A COMUNIDADE POSSUI PAVOR DOS DENUNCIADOS POR CONSTITUÍREM GRUPO DE EXTERMÍNIO COM ATUAÇÃO HABITUAL NA COMUNIDADE. DISTINGUISHING. EXCEPCIONALIDADE QUE JUSTIFICA A INEXISTÊNCIA DE DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS OCULARES DO DELITO.*
>
> *1. A alegação referente à impossibilidade de a pronúncia estar embasada apenas em testemunhos de "ouvir dizer" não foi decidida no acórdão ora impugnado. Com efeito, a ausência de debate da ilegalidade aventada na Corte de origem, sob o enfoque suscitado, indica supressão de instância, circunstância que, por si só, obsta a análise da presente insurgência nesta Corte.*
>
> *2. Das informações prestadas pelo Juízo singular, verifica-se que já houve sessão plenária do Júri, ocasião em que o paciente foi condenado à pena de 72 anos e 8 meses de reclusão. Ora, a jurisprudência deste eg. Tribunal Superior é firme no sentido de que "O recurso contra a decisão que pronunciou o acusado encontra-se prejudicado, na linha da jurisprudência*

dominante acerca do tema, quando o recorrente já foi posteriormente condenado pelo Conselho de Sentença" (AgRg no AREsp n. 1.412.819/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 17/8/2021) - (AgRg no HC n. 693.382/PE, Ministro Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDFT, Quinta Turma, DJe 28/10/2021).

3. Adentrando ao mérito, verifica-se que apesar de nenhuma testemunha ocular ter sido ouvida perante o juízo, diante das peculiaridades do caso, entendo não assistir razão à defesa, isso porque, extrai-se dos autos que todas as pessoas da comunidade tinham medo ou pavor dos denunciados, que integravam um grupo extremamente temido pela comunidade, visto que agiam, habitualmente, como grupo de extermínio, matando "sem medo nenhum de represália por parte da polícia", de "cara limpa".

4. Ademais, consta dos autos, que uma testemunha, atuando como policial civil, esteve no local dos fatos no dia seguinte aos assassinatos e que escutou de diversas pessoas que os acusados foram os autores do delito, o que se confirmou no decorrer das investigações, porém, em razão do medo generalizado na comunidade do referido grupo de extermínio, nenhuma das testemunhas oculares prestou depoimento na delegacia. Ressalta que várias pessoas sabiam da autoria delitiva, mas que todas tinham medo ou pavor dos acusados, razão pela qual se negaram a prestar depoimento.

5. Apesar da jurisprudência desta Corte entender pela insuficiência do testemunho indireto para consubstanciar a decisão de pronúncia, entendo, excepcionalmente, que o presente caso, em razão de sua especificidade, merece um distinguishing, pois extrai-se dos autos que a comunidade tem pavor dos denunciados, tendo em vista que eles constituem um grupo de extermínio com atuação habitual no local, razão pela qual não se prestaram a depor perante as autoridades policial e judicial.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 810.692/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 14/9/2023.)

No caso dos autos, tem-se tanto a indicação da fonte originária da informação – as próprias vítimas –, quanto a presença de outros elementos de prova que confirmam a versão apresentada. Com efeito, o policial que investigou os crimes não narrou, em juízo, as impressões de uma mera testemunha ocular, mas das próprias vítimas da tentativa de homicídio, **praticado em contexto de guerra de facções**. Anote-se que a avó de uma das vítimas também testemunhou os fatos e que no celular do paciente foram encontradas fotos de "tipos diferentes de revólver, todos em sua mão" (e-STJ fl. 87).

Nessa linha de intelecção, não considero o testemunho judicial do agente policial mero testemunho de "ouvir dizer" e, por mais que se trate de testemunho indireto, cuida-se de prova judicializada que vai ao encontro das provas produzidas extrajudicialmente (depoimento das vítimas e testemunha ocular) e das provas obtidas no celular do paciente, não vulnerando, portanto, o art. 155 do Código de Processo Penal.

Anoto, por oportuno, que o Código de Processo Penal, no art. 209, § 1º, não impõe a oitiva das pessoas referidas, assim como não impede os testemunhos indiretos, não se tratando, portanto, de prova ilícita ou ilegítima, competindo ao julgador atribuir-

lhe o valor probatório adequado, por meio do seu livre convencimento motivado.

Pelo exposto, peço a mais respeitosa vênia à eminente Relatora, para acompanhar o voto-vista do Ministro Joel Ilan Paciornik, e não conhecer do presente *habeas corpus*.

É como voto.