

HEARSAY TROPICALIZADO – A DITA PROVA POR OUVIR DIZER

ANA LARA CAMARGO DE CASTROⁱ

As ações penais decorrentes de operações investigativas complexas, capitaneadas pelo Ministério Público, em especial aquelas envolvendo detentores de poder político e econômico, têm propiciado o alargamento dos debates jurídicos com a introdução de institutos forâneos, a exemplo do que ocorre com a teoria germânica do “domínio dos fatos” ou com os conceitos anglo-saxões “prova acima de dúvida razoável”, “cegueira deliberada” e “prova por ouvir dizer”.

Nem sempre, todavia, a tropicalização resulta exitosa. Primeiro, porque alguns institutos são incompatíveis com o nosso sistema legal. Segundo, e mais importante, porque muitos juristas se utilizam dessas definições sem entendê-las conceitualmente ou estudar suas peculiaridades e controvérsias no país de origem. Este artigo enfrenta algumas dúvidas acerca do instituto do *hearsay* considerando os sistemas brasileiro e estadunidense. Não é objetivo deste estudo o esgotamento do complexo e minudente tema do *hearsay*, mas, tão somente, a apresentação de aspectos gerais dessas regras probatórias para que, minimamente compreendidas, deixem de ser introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em mera livre tradução, carente de significado.

Há justificativa histórica para a preocupação com a consistência da prova testemunhal. O subsolo do movimentado Mercado de Triana, em Sevilha, esconde as ruínas da sede do Santo Ofício e traz uma advertência: “ – O juízo de valor, o abuso de poder e as vítimas que provocam existem nas sociedades do passado, do presente e do futuro”ⁱⁱ. Naquele local, inúmeros Autos de Fé foram pronunciados a partir de testemunhos incentivados pelos « *familiares* » – servidores laicos da Inquisição – que constituíam uma espécie de polícia cuja missão era encorajar delações e prender hereges. A China de Mao Tsé-Tung era profícua em “exames de consciência”, nos quais todos deviam extravasar qualquer pensamento que não fosse bom para o Partido. Tal prática forçava o relato de “pequenas *transmissões*”, nas quais as pessoas acabavam por delatar umas às outras, na tentativa de salvarem-se a si próprias, incluindo amigos, parentes e cônjuges, o que terminou por acarretar ruptura de confiança e fez instalar o medo da simples troca de opiniões, minando também o pensamento independenteⁱⁱⁱ. De igual sorte, o Kmher Rouge de Pol Pott obrigava aldeões a espiarem uns aos outros, incentivando-os a tal prática inclusive por meio de *slogans* do partido, o que resultava em “convites” do Angkar aos delatados para serem “reeducados”, um eufemismo para prisões e execuções sem o devido processo legal^{iv}.

Esse conceito do devido processo legal, criado para proteger os direitos dos cidadãos frente ao abuso das forças estatais, contrapõe-se à ideia de que a intervenção estatal no direito à liberdade somente possa se dar por meio da tirania e da brutalidade desde sua inaugural aparição na Magna Carta anglo-saxônica de 1215^v, seu fortalecimento na estadunidense *Bill of Rights* de 1789^{vi}, ou sua reafirmação vertida na Constituição Federal de 1988^{vii}.

Dessarte, é possível concluir que, no Brasil, o Estado Democrático de Direito é conceito que somente se consolida com o manejo constitucional do Direito Penal e do Processo Penal, ou seja, delineados pela supremacia dos direitos fundamentais e norteados pelas garantias estabelecidas na própria Constituição, dentre elas isonomia,

publicidade, contraditório, ampla defesa, juiz natural, inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente, direito ao silêncio, tempestividade, celeridade.

Nessa orientação de um processo penal com viés garantista, a expressão *hearsay* tem sido utilizada no Brasil como se fosse simples sinônimo de boato ou especulação, para tentar impedir a admissão de testemunho prestado por pessoa que não presenciou o fato ilícito ou depõe acerca do que ouviu de terceiro (seja autor, vítima ou qualquer outro declarante). A dita “prova por ouvir dizer” tem sido classificada como ilegítima e, por influir na verdade substancial ou na decisão da causa^{viii}, seria passível de declaração de nulidade como ato processual defeituoso e inapto a gerar o efeito probatório a que se destina.

De plano, é preciso esclarecer que *hearsay* é um instituto sofisticado, com especificações bem mais complexas do que pretende sua versão brasileira, de modo que não basta a invocação do direito estadunidense ou britânico para justificar, sem conhecimento das teorias alóctones, a sua introdução no processo penal pátrio.

É também adequado lembrar que, no Brasil, as provas não possuem valor tarifado, ou seja, não têm peso preestabelecido e o sistema de apreciação é, como se sabe, o de livre convencimento motivado do juiz (persuasão racional). Não há hierarquia entre as provas, sendo admitidos, desde que lícitos, quaisquer meios, ainda que não expressamente previstos na legislação processual penal^{ix}. No mais, há restrição unicamente em relação à prova do estado das pessoas, *ex vi* do artigo 155 do CPP, e formalidade no tocante à infração que deixar vestígios ainda não desaparecidos, *ex vi* do artigo 158 c/c 564, III, b, e IV, do CPP.

Nesse sistema de liberdade probatória, a prova testemunhal é admitida sempre que a pessoa souber algo que interesse à decisão da causa e as razões da sua ciência permitam a avaliação da sua credibilidade^x. Desse modo, é certo que a regra geral do *hearsay* não vigora no Brasil, e aproveita à persuasão do magistrado toda prova relevante ao julgamento.

Para além dessa introdução, que apenas teve como escopo pontuar a inexequível importação de instituto estrangeiro sem o aprofundamento teórico suficiente para seu aproveitamento, o foco deste artigo é apresentar o conceito de *hearsay* a partir das Regras Federais de Evidência do direito estadunidense^{xi}. A disciplina intitulada *Evidence*, ministrada nas graduações *Juris Doctor* (J.D.) das universidades nos Estados Unidos, constitui matéria autônoma e destacada dos cursos de *Criminal Procedure* ou *Civil Procedure*, e se destina ao estudo das regras que governam produção, autenticação e admissão das provas no processo civil ou penal.

Em geral, é correto dizer que determinada evidência pode ser admitida nos autos, para prova direta ou circunstancial, desde que seja relevante. O teste para relevância estabelecido na *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence*^{xii} contempla dois quesitos: (a) que a evidência tenha valor para afirmar ou negar o fato que se propõe provar; e (b) tenha consequência para o caso em litígio. Em sendo relevante a evidência, somente poderá ser excluída da prova dos autos, conforme a *Rule 403*^{xiii}, se o seu valor probatório for substancialmente comprometido pelo risco da influência por preconceção injusta, confusão de assuntos, desvirtuamento dos jurados, demora excessiva ou desperdício de tempo no julgamento, ou repetição desnecessária.

Hearsay, conforme as regras de evidência, é a declaração por meio de afirmação oral ou escrita, ou de conduta não verbal, feita fora de audiência ou júri e que

a parte pretenda apresentar em juízo como prova da verdade do seu conteúdo^{xiv}. A inadmissibilidade de *hearsay* tem fundamento na impossibilidade de o julgador aferir a credibilidade da declaração, partindo do pressuposto de que ela só é confiável se pode ser proferida na Corte, sob juramento, pelo próprio declarante, assegurando-se assim as garantias constitucionais de *confrontation* (contraditório) e *due process* (devido processo legal).

Ocorre que à regra geral, aparentemente simples, de inadmissibilidade de *hearsay*, prevista na *Rule 802* das *FRE*^{xv}, aplicam-se diversas exclusões e exceções. Com efeito o *hearsay*, à primeira vista muito regrado, resulta em conceito maleável. Aqui, a fina ironia do Professor Fenner^{xvi} serve como perfeita introdução.

No artigo intitulado “Professor de Direito revela verdade chocante sobre *hearsay*”, ele expõe oito verdades debochadas sobre a interpretação desse instituto no direito estadunidense: (1) tudo pode ser arguido como *nonhearsay*, a depender da habilidade do advogado e da qualidade do juiz; (2) tudo pode ser transformando em *hearsay*; (3) tudo pode ser ajustado para se encaixar em alguma exceção à regra contra *hearsay*; (4) grandes advogados podem convencer juízes medianos de quase tudo ou ainda juízes medianos podem ignorar os melhores argumentos de grandes advogados; (5) esses pontos controversos devem ser ganhos no júri, já que as Cortes de Apelação tendem a confirmá-los; (6) quando o caso é de abuso contra criança nenhuma das regras (como elas são) se aplicam; (7) nenhum dos itens anteriores importam muito porque há grande chance de que serão interpretados erroneamente de qualquer jeito; (8) tudo sempre pode ser admitido e, mesmo quando não é, você pode contratar um perito para emitir uma opinião que será admitida.

Dado esse grau de enredamento, traduzir em português *hearsay* como “prova por ouvir dizer” passa ao largo de qualquer representação técnica. *Hearsay* é conceito composto, a ser apreendido a partir das seguintes definições:

- (a) seja afirmação oral ou escrita, ou conduta assertiva (p. ex. apontar, concordar ou negar com movimento de cabeça ou de mão, de forma que o gesto possa ser usado como substituto para uma resposta verbal como “sim”, “não” ou indicativo de local);
- (b) a pessoa tenha pretendido que fosse uma asserção;
- (c) tenha sido feita fora de audiência ou júri;
- (d) a parte ofereça em juízo como prova da verdade do conteúdo da afirmação.

Assim, porque a regra geral de exclusão de *hearsay* possui como base a falta de credibilidade da afirmação que não pode ser contraditada em juízo, não será *hearsay* a fala ou a conduta sem a intenção da assertividade, pois, tal manifestação poderá ser admitida em razão da baixa probabilidade de ter sido inventada. Assim, por exemplo, em *United States v. Zenni*^{xvii}, enquanto a polícia fazia busca em local suspeito de ser casa de apostas clandestinas, pessoas desconhecidas ligaram pedindo informações sobre como apostar em vários eventos desportivos, e a Corte admitiu essa prova, ainda que tais pessoas jamais tenham sido identificadas e trazidas para depor, com fundamento de que não se tratava de *hearsay* porque as falas foram verbalizações fortuitas a demonstrar afirmações implícitas ou apenas subentendidas.

De igual sorte, também não será *hearsay* a afirmação oferecida pela parte como prova circunstancial e não como verdade do seu conteúdo. Como em *Bridges v. State*^{xviii}, em que foram admitidos os testemunhos de policiais e da mãe de uma criança de sete anos, vítima de abuso sexual, para provar que, na data dos fatos e durante a investigação, ela havia descrito detalhes do quarto onde o crime ocorreu e de vários objetos em seu interior, os quais findaram por ser coincidentes com aqueles encontrados na casa do acusado, posteriormente descoberta. Os testemunhos foram admitidos pela Corte não como prova de que o quarto e os objetos eram de fato como descritos, mas como prova circunstancial do estado mental de autêntico conhecimento prévio da criança sobre o local.

Desse modo, a partir do próprio conceito de *hearsay* já se pode encontrar, como visto, hipóteses de *nonhearsay*, seja porque as manifestações não tenham tido caráter de assertividade, seja porque não foram introduzidas nos autos como prova de seu conteúdo, mas, sim, para demonstrar conhecimento, intenção, comportamento ou crença.

Além dos supracitados exemplos de *nonhearsay* derivados do desmembramento dos elementos conceituais, as *Federal Rules of Evidence* trazem expressas na *Rule 801 (d)*^{xix} rol de declarações que não são consideradas *hearsay*:

- (a) aquelas anteriormente prestadas pelo depoente, sob pena de perjúrio, em outra audiência, júri ou procedimento, e trazidas nos autos com o fim de impugnar o testemunho por inconsistência;
- (b) aquelas que havidas fora da Corte e, mesmo consistentes com o testemunho ora prestado em audiência ou júri, destinam-se a rebater alegação da parte contrária de que foram recentemente inventadas ou influenciadas por novel motivo ou ingerência;
- (c) as identificações de pessoas feitas na fase extrajudicial, mesmo que por fotografia, *showup* ou *lineup*; e
- (d) as declarações contra interesse próprio feitas, fora da Corte, pela parte contrária seja em caráter individual ou em capacidade representativa, ou feita por alguém que tenha sido pela parte contrária autorizada, ou por meio de agente ou empregado no âmbito desse vínculo empregatício, e até mesmo as admissões de coconspiradores.

Para exemplificar, podemos indicar alguns casos relativos às declarações que estão excluídas da regra do *hearsay*, conforme a citada *Rule 801 (d)*: *United States v. Castro-Ayon*^{xx} em que os depoimentos de onze imigrantes ilegais, que indicaram o acusado como dono da van que realizava o transporte, prestados durante os procedimentos do serviço de imigração, foram utilizados como prova na ação penal onde eles haviam se retratado do prévio depoimento; *Tome v. United States*^{xxi} em que foram introduzidas seis testemunhas para relatar sobre antigas afirmações de uma criança sobre os abusos sexuais praticados pelo pai, tendo em vista a alegação da defesa de que o testemunho prestado por ela no júri era, atualmente, influenciado pelo desejo de viver sob a guarda da mãe; *United States v. Lewis*^{xxii} ou *United States v. Owens*^{xxiii}, casos em que, durante o julgamento, as testemunhas foram incapazes de reconhecer os acusados e foram admitidos os reconhecimentos feitos por display de fotografias na esfera extrajudicial; *Jewell v. CSX Transportation, Inc.*^{xxiv}, ação indenizatória em que a companhia de trem demandada introduziu seis testemunhos de pessoas que ouviram a filha do casal acidentado relatar, no dia dos fatos, que os seus pais estavam discutindo antes do acidente

e ela avisou que da aproximação do trem e eles mandaram-na ficar quieta; *Mahlandt v. Wild Canid Survival & Research Center, Inc.*^{xxv}, ação indenizatória de ataque de uma loba a uma criança, em que foi admitido bilhete de funcionário afixado na porta do presidente da empresa informando que “a loba havia mordido uma criança, mas tudo está sendo resolvido”; *Bourjaily v. United States*^{xxvi} em que um informante do FBI ofereceu cocaína a um suspeito e ele disse, em conversação telefônica gravada, que tinha um amigo interessado em comprá-la. A gravação foi admitida como prova contra o acusado, amigo do declarante, que apareceu no local do encontro para comprar a droga.

Para tornar o debate ainda mais complexo, além das declarações que não são *hearsay* porque escapam ao próprio conceito ou das que não são *hearsay* por expressa previsão legal, há ainda as exceções à regra, vale dizer, as possibilidades legais de admissão de declarações que, embora sejam conceitualmente *hearsay* – vale repetir, aquelas por meio de afirmação oral ou escrita, ou de conduta não verbal, que o declarante fez fora de audiência ou júri, e a parte pretende introduzir em juízo como prova da verdade do seu conteúdo – podem ser admitidas pelo razoável grau de confiabilidade.

As exceções à regra do *hearsay* estão expressamente previstas na *Rule 803*^{xxvii} – e são vinte e três as exceções enunciadas, que se aplicam independentemente de o declarante estar disponível para comparecer em juízo. Há, também, as exceções da *Rule 804*^{xxviii} que se aplicam exclusivamente diante da indisponibilidade do declarante para prestar testemunho. E, por fim, ainda há a exceção residual da *Rule 807*^{xxix} que pode funcionar como *catch-all*.

Sem a pretensão de esgotar a matéria no reduzido espaço deste artigo, vamos apresentar, à guisa de amostra, algumas das exceções listadas na *Rule 803* e casos correlatos para facilitar a compreensão. Dentre várias outras, são admitidas no conjunto probatório, independentemente da disponibilidade da presença do declarante em juízo, as declarações (orais, escritas ou gestuais) que, embora se encaixem no conceito de *hearsay*:

- (a) tenham sido obtidas em primeira impressão e com aptidão para descrever ou explicar um evento enquanto ele acontecia ou imediatamente após – como se vê em *People v. Holton*^{xxx}, no qual em crime de roubo foi admitida gravação da vítima para o serviço de segurança na sequência dos fatos, ou em *People v. Buie*^{xxxi} também em crime de roubo a admissão das ligações da vítima para o 911;
- (b) tenham sido feitas em estado de estresse ou choque relacionado a um evento assustador – como se vê em *People v. Brown*^{xxxii}, caso de homicídio em que foram admitidos em juízo os depoimentos da mãe e do tio da vítima relatando suas falas após ser alvejada por disparos de arma de fogo, bem como ao policial, trinta minutos mais tarde, ou em *People v. Brooks*^{xxxiii} caso de homicídio em foram admitidas as declarações da vítima em resposta às perguntas da enfermeira no hospital cerca de duas horas após o crime;
- (c) descrevam estado mental (motivo, intenção, plano) ou condição emocional, sensorial ou física (sentimento, dor, saúde física) existente à época dos fatos – como se vê em *People v. Thibeault*^{xxxiv}, caso de feminicídio em que amiga da vítima que dormiu em sua casa na noite

anterior ao crime foi ouvida em juízo acerca das declarações da falecida acerca do medo que sentia do acusado;

- (d) tenham servido para fim de diagnóstico ou tratamento médico e que descrevam histórico, sintomas e sensações antigas ou atuais, sua origem ou causa – como se vê em *State v. Moen*^{xxxv} ;
- (e) tenham sido registradas quando o assunto estava fresco na lembrança, independente de procedimento juramentado, e possam ser introduzidas como registros de memória em temas que a testemunha antes sabia, mas afirma em juízo não se recordar completa ou suficientemente – como se vê em *United States v. Patterson*^{xxxvi}, caso de receptação em que o sobrinho do acusado havia testemunhado que o tio disse a ele que a *res* era *furtiva* e, depois, alegava em júri que não mais se lembrava.

Por sua vez, nos casos da *Rule 804*, o *hearsay* somente poderá ser admitido se o declarante estiver indisponível pelos critérios de isenção por privilégio, recusa a prestar testemunho, doença ou morte, e ausência quando o proponente da prova não tenha meios de encontrá-lo. Admitem-se nessas exceções o testemunho anterior prestado em juízo de pessoa considerada indisponível por se recusar a responder em júri qualquer questionamento (diferente da hipótese da *Rule 801(1)*, hipótese excluída da regra do *hearsay*, em que o declarante está depondo em juízo, mas a introdução de testemunho anterior é admitida para rebater inconsistência ou alegação de invenção recente), como foi o caso de *State v. Ayers*^{xxxvii}, em que o testemunho prestado pelo amante em júri anterior foi utilizado no segundo júri da esposa da vítima, porque ele, já condenado, recusou-se a responder os questionamentos. Ou em *Clay v. Johns-Manville Sales Corp.*^{xxxviii}, em que um médico havia testemunhado acerca de ter angariado seus conhecimentos sobre asbestos enquanto trabalhava para a empresa demandada, e considerando sua indisponibilidade por falecimento, o seu testemunho em outro processo foi admitido no caso em questão. Ou em *Williamson v. United States*^{xxxix}, que versou sobre a recusa em testemunhar em juízo por motorista de veículo encontrado com entorpecente. No julgamento, as declarações extrajudiciais do motorista incriminando o acusado como dono da droga foram admitidas porque prestadas por terceiro (não parte) contra seu próprio interesse, que se sujeita a eventual processo criminal.

Entretanto, em relação à interpretação dos critérios de admissibilidade em processos criminais frente a *confrontation clause* (contraditório) da Sexta Emenda à Constituição Estadunidense, em 2004, a Suprema Corte fez importante mudança paradigmática em *Crawford v. Washington*^{xl}, afastando-se do teste estabelecido em 1980, no precedente *Ohio v. Roberts*^{xli}. Em *Roberts* o teste para admissibilidade de declarações de pessoas indisponíveis, independente de que fossem ou não depoimentos formais (de caráter testemunhal) era: (1) se encaixassem em uma exceção fortemente sedimentada à regra de *hearsay*; ou (2) se contemplassem garantias específicas de credibilidade.

Crawford parecia, *prima facie*, obstáculo quase cabal à admissão de *hearsay* nas ações penais, uma vez que essas declarações extrajudiciais somente passaram a ser admitidas se: (1) o declarante estiver indisponível e a defesa tenha tido oportunidade anterior de contraditório; (2) ou o próprio acusado tenha dado causa à indisponibilidade do declarante (*forfeiture by wrongdoing*). Ocorre que, na prática, a Suprema Corte estabeleceu a diferença para admissibilidade de declarações de caráter testemunhal e não-

testemunhal. À vista disso, as declarações de caráter testemunhal se submetem ao teste *Crawford* e as declarações sem caráter testemunhal passaram, por consequência, a contar com maior flexibilidade de admissão, conforme se depreende do *dictum* de *Crawford* e, depois, de *Davis v. Washington*^{xlii} e então em *Wharton v. Bocking*^{xliii}, respectivamente de 2006 e 2007, que facultaram às Cortes maior discricionariedade na decisão acerca da credibilidade.

A Suprema Corte até a presente data não dispôs claramente o que seriam declarações de caráter testemunhal e não testemunhal, entretanto, dos casos julgados após *Crawford* nas diversas jurisdições estadunidenses, depreende-se que serão de caráter testemunhal aquelas prestadas em júri, audiência ou outras oitivas formais, bem como as confissões e oitivas em interrogatórios e depoimentos policiais. E serão de caráter não-testemunhal, por exemplo, os comentários a conhecidos, familiares, amigos, vizinhos e colegas de trabalho, ou as falas às autoridades policiais em situações de emergência, como as dirigidas ao 911, em que ainda está ausente o caráter investigativo.

Conforme se viu, *hearsay* é instituto complexo e repleto de nuances, regulado, em âmbito federal nos Estados Unidos, pelas *Federal Rules of Evidence*; porém, nos limites da jurisdição de cada um dos cinquenta Estados, autorizados a formar regras processuais próprias, o instituto apresentará múltiplas distinções de maneira a serem ampliadas ou reduzidas as exclusões ou exceções ao modelo probatório do *hearsay* em cada unidade federativa. Ademais, é instituto cuja sutil aplicação depende do preparo técnico dos profissionais do Direito e da variada interpretação judicial.

Diante dessa sutileza técnica, o supracitado Professor Fenner^{xliv} começou seu artigo dizendo que, em teoria, *hearsay* é inadmissível, exceto em casos excepcionais, e o concluiu afirmando que a verdade é exatamente oposta: *hearsay* é admissível, exceto quando a Corte considera a declaração particularmente desnecessária ou não confiável. Assim é que a livre tradução do instituto estrangeiro e seu uso como panaceia para desconstituir provas durante a instrução processual, sem o conhecimento da sua engenhosa teoria e da sua repercussão, em concreto, na prática forense, revela-se apenas um modismo ou mau uso por conveniência.

Ao fim, se nos Estados Unidos a regra pode ser flexibilizada por noções de justiça, relevância e confiabilidade, no Brasil a lei determina que poderá ser testemunha toda pessoa cujo depoimento interesse à decisão da causa e cuja credibilidade se extraia das circunstâncias ou das razões de sua ciência. Em ambos os sistemas, portanto, confirma-se a aritmética do Professor Nucheren^{xlv}: $R + R = A$ (*Relevant + Reliable = Admissible*) – prova relevante e crível é passível de admissão.

ⁱProcuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. *Master of Laws* em *Criminal Law*, com honras, pela *State University of New York*. Especialista em Psicopatologia e Saúde Mental pela Unesc. Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Direitos Humanos pela Fundação Escola do MPMG. Licenciada em Ciências Sociais e História. Formada em Psicanálise Clínica. Autora dos livros: *Plea Bargain – Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*; *Stalking e Cyberstalking*; *Exposição Pornográfica Não Consentida na Virtualidade*; e *Perversão, Pornografia e Sexualidade*.

ⁱⁱPainel no *Museo de la Inquisición*, situado no Castillo de San Jorge, em Sevilha, na Espanha, sede do Santo Ofício por cerca de 300 anos: *El juicio de valor, el abuso de poder y las victimas que provocan existen en las sociedades del pasado, del presente y del futuro*.

ⁱⁱⁱCHANG, Jung. HALLIDAY, Jon. *Mao, A História Desconhecida*. São Paulo: Editora Companhia das Letras (2006).

^{iv}DY, Khamboly. *A History of Democratic Kampuchea (1975-1979)*. Phnom Penh: Documentation Center of Cambodia (2007).

^v39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.* Disponível em <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html> Acesso em 16/08/2016.

^{vi}Amendment V. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. Disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html Acesso em 16/08/2016.

^{vii}Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

^{viii}CPP, Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

^{ix}CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

^xCódigo de Processo Penal

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

^{xi}USA Federal Rules of Evidence. Effective July 1, 1975. Including Amendments Effective December 1, 2013.

^{xii}**Rule 401. Test for Relevant Evidence**

Evidence is relevant if:

- (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and
- (b) the fact is of consequence in determining the action.

^{xiii}**Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons**

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

^{xiv}**Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay**

(a) **Statement.** “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) **Declarant.** “Declarant” means the person who made the statement.

(c) **Hearsay.** “Hearsay” means a statement that:

- (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and
- (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

^{xv}**Rule 802. The Rule Against Hearsay**

Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise:

- a federal statute;
- these rules; or
- other rules prescribed by the Supreme Court

^{xvi}FENNER, G. Michael. *Law Professor Reveals Shocking Truth About Hearsay.* 62 UMKC L. Rev. 1 (1993).

^{xvii}492 F.Supp. 464

^{xviii}19 N.W.2d 529

^{xix}USA Federal Rules of Evidence. Effective July 1, 1975. Including Amendments Effective December 1, 2013.

Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay [...]

(d) **Statements That Are Not Hearsay.** A statement that meets the following conditions is not hearsay:

(1) **A Declarant-Witness’s Prior Statement.** The declarant testifies and is subject to cross-examination about a prior statement, and the statement:

- (A) is inconsistent with the declarant’s testimony and was given under penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding or in a deposition;
- (B) is consistent with the declarant’s testimony and is offered to rebut an express or implied charge that the declarant recently fabricated it or acted from a recent improper influence or motive in so testifying;
- (C) identifies a person as someone the declarant perceived earlier.

(2) **An Opposing Party’s Statement.** The statement is offered against an opposing party and:

- (A) was made by the party in an individual or representative capacity;
- (B) is one the party manifested that it adopted or believed to be true;
- (C) was made by a person whom the party authorized to make a statement on the subject;

(D) was made by the party's agent or employee on a matter within the scope of that relationship and while it existed; or

(E) was made by the party's coconspirator during and in furtherance of the conspiracy.

^{xx}429 U.S. 983

^{xxi}513 U.S. 150

^{xxii}435 U.S. 973

^{xxiii}484 U.S. 554

^{xxiv}135 F.3d 361

^{xxv}588 F.2d 626

^{xxvi}483 U.S. 171

^{xxvii}**Rule 803. Exceptions to the Rule Against Hearsay – Regardless Whether the Declarant is Available as a Witness**

The following are not excluded by the rule against hearsay, regardless of whether the declarant is available as a witness:

(1) **Present Sense Impression.** A statement describing or explaining an event or condition, made while or immediately after the declarant perceived it.

(2) **Excited Utterance.** A statement relating to a startling event or condition, made while the declarant was under the stress of excitement that it caused.

(3) **Then-Existing Mental, Emotional, or Physical Condition.** A statement of the declarant's then-existing state of mind (such as motive, intent, or plan) or emotional, sensory, or physical condition (such as mental feeling, pain, or bodily health), but not including a statement of memory or belief to prove the fact remembered or believed unless it relates to the validity or terms of the declarant's will.

(4) **Statement Made for Medical Diagnosis or Treatment.** A statement that:

(A) is made for — and is reasonably pertinent to — medical diagnosis or treatment; and

(B) describes medical history; past or present symptoms or sensations; their inception; or their general cause.

(5) **Recorded Recollection.** A record that:

(A) is on a matter the witness once knew about but now cannot recall well enough to testify fully and accurately;

(B) was made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness's memory; and

(C) accurately reflects the witness's knowledge.

If admitted, the record may be read into evidence but may be received as an exhibit only if offered by an adverse party.

(6) **Records of a Regularly Conducted Activity.** A record of an act, event, condition, opinion, or diagnosis if:

(A) the record was made at or near the time by — or from information transmitted by — someone with knowledge;

(B) the record was kept in the course of a regularly conducted activity of a business, organization, occupation, or calling, whether or not for profit;

(C) making the record was a regular practice of that activity;

(D) all these conditions are shown by the testimony of the custodian or another qualified witness, or by a certification that complies with Rule 902(11) or (12) or with a statute permitting certification; and

(E) neither the source of information nor the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.

(7) **Absence of a Record of a Regularly Conducted Activity.** Evidence that a matter is not included in a record described in paragraph (6) if:

(A) the evidence is admitted to prove that the matter did not occur or exist;

(B) a record was regularly kept for a matter of that kind; and

(C) neither the possible source of the information nor other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(8) **Public Records.** A record or statement of a public office if:

(A) it sets out:

(i) the office's activities;

(ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel; or

(iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation; and

(B) neither the source of information nor other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(9) **Public Records of Vital Statistics.** A record of a birth, death, or marriage, if reported to a public office in accordance with a legal duty.

(10) **Absence of a Public Record.** Testimony — or a certification under Rule 902 — that a diligent search failed to disclose a public record or statement if:

(A) the testimony or certification is admitted to prove that

(i) the record or statement does not exist; or

(ii) a matter did not occur or exist, if a public office regularly kept a record or statement for a matter of that kind; and

(B) in a criminal case, a prosecutor who intends to offer a certification provides written notice of that intent at least 14 days before trial, and the defendant does not object in writing within 7 days of receiving the notice — unless the court sets a different time for the notice or the objection.

(11) **Records of Religious Organizations Concerning Personal or Family History.** A statement of birth, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood or marriage, or similar facts of personal or family history, contained in a regularly kept record of a religious organization.

(12) **Certificates of Marriage, Baptism, and Similar Ceremonies.** A statement of fact contained in a certificate:

(A) made by a person who is authorized by a religious organization or by law to perform the act certified;

(B) attesting that the person performed a marriage or similar ceremony or administered a sacrament; and

(C) purporting to have been issued at the time of the act or within a reasonable time after it.

(13) Family Records. A statement of fact about personal or family history contained in a family record, such as a Bible, genealogy, chart, engraving on a ring, inscription on a portrait, or engraving on an urn or burial marker.

(14) Records of Documents That Affect an Interest in Property. The record of a document that purports to establish or affect an interest in property if:

(A) the record is admitted to prove the content of the original recorded document, along with its signing and its delivery by each person who purports to have signed it;

(B) the record is kept in a public office; and

(C) a statute authorizes recording documents of that kind in that office.

(15) Statements in Documents That Affect an Interest in Property. A statement contained in a document that purports to establish or affect an interest in property if the matter stated was relevant to the document's purpose — unless later dealings with the property are inconsistent with the truth of the statement or the purport of the document.

(16) Statements in Ancient Documents. A statement in a document that is at least 20 years old and whose authenticity is established.

(17) Market Reports and Similar Commercial Publications. Market quotations, lists, directories, or other compilations that are generally relied on by the public or by persons in particular occupations.

(18) Statements in Learned Treatises, Periodicals, or Pamphlets. A statement contained in a treatise, periodical, or pamphlet if:

(A) the statement is called to the attention of an expert witness on cross-examination or relied on by the expert on direct examination; and

(B) the publication is established as a reliable authority by the expert's admission or testimony, by another expert's testimony, or by judicial notice.

If admitted, the statement may be read into evidence but not received as an exhibit.

(19) Reputation Concerning Personal or Family History. A reputation among a person's family by blood, adoption, or marriage — or among a person's associates or in the community — concerning the person's birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history.

(20) Reputation Concerning Boundaries or General History. A reputation in a community — arising before the controversy — concerning boundaries of land in the community or customs that affect the land, or concerning general historical events important to that community, state, or nation.

(21) Reputation Concerning Character. A reputation among a person's associates or in the community concerning the person's character.

(22) Judgment of a Previous Conviction. Evidence of a final judgment of conviction if:

(A) the judgment was entered after a trial or guilty plea, but not a nolo contendere plea;

(B) the conviction was for a crime punishable by death or by imprisonment for more than a year;

(C) the evidence is admitted to prove any fact essential to the judgment; and

(D) when offered by the prosecutor in a criminal case for a purpose other than impeachment, the judgment was against the defendant.

The pendency of an appeal may be shown but does not affect admissibility.

(23) Judgments Involving Personal, Family, or General History, or a Boundary. A judgment that is admitted to prove a matter of personal, family, or general history, or boundaries, if the matter:

(A) was essential to the judgment; and

(B) could be proved by evidence of reputation.

(24) [Other Exceptions .] [Transferred to Rule 807.]

^{xxviii}**Rule 804. Exceptions to the Rule Against Hearsay – When the Declarant is Unavailable as a Witness**

(a) Criteria for Being Unavailable. A declarant is considered to be unavailable as a witness if the declarant:

(1) is exempted from testifying about the subject matter of the declarant's statement because the court rules that a privilege applies;

(2) refuses to testify about the subject matter despite a court order to do so;

(3) testifies to not remembering the subject matter;

(4) cannot be present or testify at the trial or hearing because of death or a then-existing infirmity, physical illness, or mental illness; or

(5) is absent from the trial or hearing and the statement's proponent has not been able, by process or other reasonable means, to procure:

(A) the declarant's attendance, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(1) or (6); or

(B) the declarant's attendance or testimony, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(2), (3), or (4).

But this subdivision (a) does not apply if the statement's proponent procured or wrongfully caused the declarant's unavailability as a witness in order to prevent the declarant from attending or testifying.

(b) The Exceptions. The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness:

(1) **Former Testimony.** Testimony that:

(A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during the current proceeding or a different one; and

(B) is now offered against a party who had — or, in a civil case, whose predecessor in interest had — an opportunity and similar motive to develop it by direct, cross-, or redirect examination.

(2) **Statement Under the Belief of Imminent Death.** In a prosecution for homicide or in a civil case, a statement that the declarant, while believing the declarant's death to be imminent, made about its cause or circumstances.

(3) **Statement Against Interest.** A statement that:

(A) a reasonable person in the declarant's position would have made only if the person believed it to be true because, when made, it was so contrary to the declarant's proprietary or pecuniary interest or had so great a tendency to invalidate the declarant's claim against someone else or to expose the declarant to civil or criminal liability; and

(B) is supported by corroborating circumstances that clearly indicate its trustworthiness, if it is offered in a criminal case as one that tends to expose the declarant to criminal liability.

(4) **Statement of Personal or Family History.** A statement about:

(A) the declarant's own birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history, even though the declarant had no way of acquiring personal knowledge about that fact; or

(B) another person concerning any of these facts, as well as death, if the declarant was related to the person by blood, adoption, or marriage or was so intimately associated with the person's family that the declarant's information is likely to be accurate.

(5) [*Other Exceptions* .] [Transferred to Rule 807.]

(6) **Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability.** A statement offered against a party that wrongfully caused — or acquiesced in wrongfully causing — the declarant's unavailability as a witness, and did so intending that result.

^{xxix}**Rule 807. Residual Exception**

(a) **In General.** Under the following circumstances, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not specifically covered by a hearsay exception in Rule 803 or 804:

(1) the statement has equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness;

(2) it is offered as evidence of a material fact;

(3) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts; and

(4) admitting it will best serve the purposes of these rules and the interests of justice.

(b) **Notice.** The statement is admissible only if, before the trial or hearing, the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement and its particulars, including the declarant's name and address, so that the party has a fair opportunity to meet it.

^{xxx}640 N.Y.2d 707

^{xxxi}86 N.Y.2d 501

^{xxxii}70 N.Y.2d 513

^{xxxiii}71 N.Y.2d 877

^{xxxiv}73 A.D.3d 1237

^{xxxv}309 Or. 45

^{xxxvi}459 U.S. 911

^{xxxvii}466 U.S. 941

^{xxxviii}467 U.S. 1253

^{xxxix}512 U.S. 594

^{xl}541 U.S. 36

^{xli}448 U.S. 56

^{xlii}547 U.S. 813

^{xliii}549 U.S. 406

^{xliv}FENNER, G. Michael. *Law Professor Reveals Shocking Truth About Hearsay*. 62 UMKC L. Rev. 1 (1993).

^{xlv}NUCHERENO, R. John. Advogado Criminalista e Professor da autora na disciplina *Evidence*, no LL.M. na SUNY/Bufalo. Falecido em fevereiro de 2016.