



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

A PRESUNÇÃO DA CULPA

Uma análise da valoração do depoimento policial na abordagem jurídica no
Rio de Janeiro

RIO DE JANEIRO
Novembro de 2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

A PRESUNÇÃO DA CULPA

Uma análise da valoração do depoimento policial na abordagem jurídica no
Rio de Janeiro

PAOLA FERNANDES DE CASTRO

Projeto apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial
para a obtenção do Bacharelado em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Schreiber

“A notícia policial, por sua redundância cotidiana, torna aceitável o conjunto dos controles judiciários e policiais que vigiam a sociedade”.

(FOUCAULT – Vigiar e Punir)

Sumário

Introdução -----	7
-------------------------	----------

Capítulo 1: Princípios E Provas

1.1 - O código de processo penal à luz da constituição de 1988 -----	9
---	----------

1.2 - Dos princípios -----	11
-----------------------------------	-----------

1.2.1 - Dos princípios no processo penal -----	12
---	-----------

1.2.1a - Princípio Da Presunção De Inocência -----	12
---	-----------

1.2.1b - Princípio Da Igualdade Processual -----	15
---	-----------

1.2.1c - Princípio Do Contraditório E Da Ampla Defesa -----	16
--	-----------

1.2.1d - Princípio Do Juiz Natural -----	17
---	-----------

1.2.1e - Princípio Da Publicidade -----	19
--	-----------

1.2.1f - Princípio Da Vedação Das Provas Ilícitas -----	20
--	-----------

1.2.1g - Princípio Do Devido Processo Legal -----	24
--	-----------

1.3 - Os Sistemas De Avaliação De Prova No Processo Penal -----	25
--	-----------

1.3.1 - Sistema Religioso Ou Místico -----	25
---	-----------

1.3.2 - Sistema Da Prova Legal Ou Tarifada -----	26
---	-----------

1.3.3 - Sistema Da Livre Convicção -----	27
---	-----------

1.3.4 - Sistema Da Livre Convicção Motivada Ou Da Persuasão Racional -----	28
---	-----------

1.3.5-Sistema De Apreciação De Prova Adotado No Processo Penal Brasileiro -----	29
--	-----------

1.4 - Das Provas -----	30
-------------------------------	-----------

1.4.1 - Meios De Prova -----	31
-------------------------------------	-----------

1.5 - Da Prova Testemunhal -----	31
---	-----------

1.5.1 - Classificação Das Testemunhas -----	34
--	-----------

1.5.2 - Caracteres do testemunho -----	35
---	-----------

1.5.3 - Informante como meio de prova -----	36
--	-----------

Capítulo 2: Súmulas E Controvérsias

2.1 - A Uniformização Da Jurisprudência No Decorrer Da História Brasileira ----	39
--	-----------

2.1.1 - Fundamento legal e conceito -----	42
--	-----------

2.1.2 - Súmula vinculante -----	44
--	-----------

2.1.3 - Análise Sobre A Súmula -----	48
---	-----------

2.2 - Do Incidente De Uniformização De Jurisprudência Nos Tribunais -----	52
--	-----------

2.2.1 - Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro-----	55
2.3 - A Súmula 70 Do TJRJ em Análise – O Fato de Restringir-se a Prova oral A Depoimentos De Autoridades Policiais E Seus Agentes Não Desautoriza A Condenação-----	56
 Capítulo 3: (Des)naturalizando a polícia	
3.1 - A necessidade da ordem estatal-----	59
3.2 - Histórico das polícias no Brasil-----	62
3.3 - A naturalização da verdade policial-----	69
3.4 - Desnaturalização de fatos: um relato da experiência de uma vara penal da defensoria pública do estado do rio de janeiro-----	73
3.4.1 - Caso 1: A dúvida pressupõe a culpa-----	75
3.4.2 - Caso 2: Usuário ou traficante? Na dúvida se pressupõe o pior-----	77
3.4.3 - Caso 3: Informante não é meio de prova-----	79
3.5 - O depoimento do policial sob o crivo dos princípios constitucionais do processo penal-----	83
3.6 - A fragilidade do depoimento policial enquanto meio de prova-----	87
 Considerações finais-----	
Referências-----	
	95

Resumo

Este trabalho possui como objeto a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que dispõe que "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação." É analisado se o entendimento majoritário do tribunal está correto com as lições de processo penal e constitucional. Analisamos se o depoimento policial pode ser um instrumento ilibado pela justiça para basear suas sentenças condenatórias. Além disso, discutimos se o depoimento policial deve ser valorado com uma devida cautela, porque não seria possível determinar em suas declarações se o mesmo estaria legitimando suas condutas ainda que abusivas e ilícitas.

Palavras-chave: súmula 70; Processo Penal; Presunção de Inocência; depoimento policial; favor rei.

Abstract

This work has as object the scoresheet 70 of the Court of Rio de Janeiro which provides that "The fact restricted to oral evidence the police testimonies and their agents disallows condemnation." It examined whether the prevailing understanding of the court is correct from the lessons of criminal and constitutional process. We have analyzed the police testimony can be a tool for justice cleared to base their convictions. In addition, we discuss whether the police affidavit must be valued with due caution, because it would be impossible to determine in their statements if it would be legitimizing their behavior although abusive and illegal.

Keywords: scoresheet 70; Criminal Procedure; Presumption of Innocence; police testimony; *favor rei*.

Introdução

A presente monografia corresponde ao trabalho de conclusão de curso da Faculdade de Direito pertencente à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), cuja orientadora é a Profa. Dra. Simone Schreiber. O trabalho analisará a valoração do depoimento policial frente às demais provas colhidas no curso do processo criminal adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) no sentido de que: *o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*, conforme súmula 70 desse Tribunal.

O interesse do aprofundar o tema surgiu desde a nossa atuação na Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGE). Afinal, em diversos momentos confrontávamos o depoimento do réu e o do policial. Ambos tinham uma versão distinta para o mesmo fato. O policial narrava que o réu tinha praticado um crime e o réu, por sua vez, alegava que era inocente.

A nossa inquietude se devia ao fato de que, na maioria das vezes, o réu apresentava uma versão harmônica e capaz de pôr em dúvida o depoimento policial. Contudo, mesmo com a dúvida pesando em benefício do réu, as teses defensivas eram sempre afastadas com a fundamentação de que os policiais possuíam fé pública.

Neste íterim, muitos magistrados legitimavam sua condenação, justificando que de acordo com o entendimento majoritário do TJRJ (súmula) era possível condenar o réu unicamente com base no depoimento policial. Esta realidade fática, no entanto, dá margem para diversas reflexões.

Indagamos se é lícito o depoimento do policial ser utilizado como meio probatório para que o juiz forme sua convicção. Nesta perspectiva, precisamos refletir se, tal como disposto na súmula 70, o depoimento policial pode ser utilizado unicamente como meio probatório.

Contudo, estes questionamentos específicos correspondem a outras indagações gerais. Por que os magistrados afirmam que o policial tem fé pública? Como se constituiu socialmente a legitimidade do depoimento policial para incriminar alguém? Como se dá esse processo de naturalização da verdade do depoimento policial?

A partir desta e outras indagações, buscamos referenciais sociológicos, históricos e filosóficos para nos ajudar a refletir sobre estes questionamentos que, apesar de não constituírem a centralidade da pesquisa monográfica, influenciaram de alguma

maneira para que o nosso objeto esteja inserido na realidade concretada da sociedade. Dentre os pensadores, utilizamos Hobbes, Rousseau, Weber e Foucault.

Desenvolvemos a nossa pesquisa através de consulta de teses, dissertações, artigos acadêmicos, livros, pesquisas publicadas e doutrinadores do direito. No âmbito do Direito recorremos as mais diversas áreas, processo civil, penal, constitucional e administrativo, utilizando Paulo Rangel, Aury Lopes Júnior, Lazzarini, Capez, Luiz Roberto Barroso, Carvalho Filho, Lênio Streck, dentre outros.

Por derradeiro, no que tange ao tema de nosso trabalho, enfrentaremos a questão da valoração do depoimento policial a partir de uma leitura das provas admitidas como válidas no processo criminal que devem estar em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil e especialmente com os princípios que permeiam o Direito Processual Penal que garantem um processo justo.

Considerando que o tema do nosso trabalho versa sobre uma súmula, é necessário não somente conceituá-la, mas também contrapor os seus efeitos com uma súmula vinculante. Além disso, precisaremos investigar se as súmulas trazem segurança jurídica para os jurisdicionados ou servem como um instrumento de engessamento. Ainda cabe averiguarmos se as súmulas não vinculantes são, em regra, respeitadas pelos magistrados.

Por outro lado, exploraremos as nuances do depoimento policial e buscaremos compreender o porquê de reiteradamente na jurisprudência se trabalha com o conceito de que policiais são idôneos e não teriam interesse em mentir. Igualmente, faz-se necessário verificar se a figura do policial na jurisprudência encontra respaldo com a prática policial. Por isto, verificaremos se o comportamento dos policiais durante as jornadas de *junho de 2013*¹ é compatível com a figura criada pela jurisprudência.

Portanto, cabe pontuar que esta pesquisa não virá através de um debate ideológico de forma a repudiar a atuação da polícia, mas de uma análise empírica que pretende mostrar os limites e o zelo que um juiz deve ter ao admitir o depoimento do policial quando se é apenas o único elemento probatório para incriminar o réu.

¹ Jornadas de Junho foi o termo designado pela mídia para definir as grandes manifestações do ano de 2013, que tiveram como foco a melhoria de transporte.

CAPÍTULO 1: Princípios e Provas

1.1 - O Código de Processo Penal à Luz da Constituição de 1988

O livro *O Processo* (1925) de autoria de Franz Kafka² representa uma ilustração de um processo sem as garantias constitucionais, ou seja, sem a incidência dos Princípios basilares do Direito Penal. A narrativa descreve a angústia sofrida por Jose K, personagem principal da obra, em compreender os motivos que o levaram a ser processado. Um dos pontos mais interessantes se dá pelo contato com a rede judicial, no qual o réu estabelece suas relações com funcionários de hierarquias inferiores que não têm domínio da totalidade do processo, mas cumprem ordens da irreconhecível hierarquia superior (STRECK, 2012).

Apesar de ser uma obra fictícia, se referenciarmos episódios verídicos à luz do processo *kafkaniano*, talvez diminuíssem o distanciamento com a realidade. Nos períodos brasileiros de Estado de Exceção (1937-45 na ditadura Vargas e 1964-85 na ditadura militar) muitas pessoas foram perseguidas, torturadas, exiladas e executadas ao serem confundidas com “subversivos” aos regimes políticos impostos, sem ao menos saberem os motivos de tais sanções feitas pelo Estado.

Em 1988, após o período ditatorial, o Constituinte Primário assegurou aos cidadãos um processo em consonância com a legalidade: o direito de não autoincriminação, ampla defesa, presunção de inocência e dentre outros princípios basilares em um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o legislador positivou os princípios que permeiam o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, submetendo a Magna Carta a este novo contexto que, no caso do Brasil, trata-se de um instrumento para garantir as liberdades individuais e traçar limitações a própria coerção Estatal, sobretudo quando dispõe no art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil que ninguém será obrigado a fazer ou não alguma coisa senão em virtude da lei.

Outrossim, observa-se que o Direito Processual Penal em um Estado Democrático de Direito, mesmo tendo por fim a persecução penal, considera para

² Nasceu em 3 de julho de 1883 em Praga e veio a falecer em Klosterneuburg em 3 de junho de 1924, é reconhecido como um dos maiores escritores de ficção do século XX. Escreveu obras como *A METAMORFOSE* (1912) e romances como *O PROCESSO* (1925) e *O CASTELO* (1926) em todas estas obras são retratados personagens que sofrem as mazelas de um mundo repleto de pessoas que não se importam uma com as outras e um sistema demasiadamente burocrático no qual todos os cidadãos estão inseridos.

interpretação de suas normas os Princípios que positivados ou não servem à proteção da liberdade jurídica do indivíduo. Sobre as garantias estruturantes do sistema punitivo no Estado Democrático de Direito, o Professor Thiago Amaral esclarece:

Nesse contexto, o objetivo do Direito Processual Penal mantém como finalidade a persecução penal, mas incorpora como premissa fundamental que essa persecução seja realizada de forma a proteger a liberdade jurídica do indivíduo em face do exercício de poderes arbitrários. (AMARAL, 2009, p. 45).

Devemos destacar que o Código Penal Brasileiro e o Processo Penal foram constituídos no Estado Novo, refletindo determinado período autoritário. Muitos doutrinadores do Direito Penal questionam a validade dos seus artigos devido à falta de clareza da sua recepção na Magna Carta e na Constituição de 1988, necessitando de uma releitura a partir da nova realidade jurídica brasileira.

A título de ilustração de norma não recepcionada disposta no Código de Processo Penal pela Constituição, podemos citar o art. 26, que de acordo com o referido dispositivo legal “*a ação penal, nas contravenções será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial*”³. Ora, tal norma é incompatível com a Constituição, uma vez que o art. 129, inciso I da CRFB, determina que o Ministério Público é quem tem possui legitimidade para propor ação penal pública, afastando, portando a possibilidade de uma ação penal ser iniciada por auto de prisão em flagrante e tão pouco ou via portaria.

As normas que foram editadas antes da Magna Carta de 1988, como é o caso do Código de Processo Penal e Penal, devem ser interpretadas à luz da Constituição. Neste sentido, ensina Luís Roberto Barroso que:

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos

³ “A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, HC 67.931-5-RS. O **processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do Ministério Público. Revogação dos arts. 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/1988, art. 129, I.**” (RE 134.515, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 13-8-1991, Segunda Turma, DJ de 13-9-1991.) No mesmo sentido: HC 72.073, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 2-4-1996, Segunda Turma, DJ de 17-5-1996.”

na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição. (BARROSO, 2010, p. 85)

Como podemos observar acima, apesar do Código de Processo Penal ser datado de 1942, houve uma significativa reforma do sistema penal introduzido pelas leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, provocando mudanças na persecução penal, mesmo assim não foi suficiente para terminar com o autoritarismo do sistema penal construído na Era Vargas.

Nesta linha de raciocínio, o doutrinador Jacinto Miranda Coutinho diz:

As reformas parciais não têm sentido quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo, justo porque se haveria de ter um patamar epistêmico do qual não se poderia ter muita dúvida. Isso, todavia, não é o que se passa com o sistema processual penal, onde, antes de tudo, não se consegue sequer delimitar corretamente o conceito de sistema. [...] não se pode deixar de sustentar que um processo global consistente, refletindo seu tempo, há de vingar. (COUTINHO, 2002, p. 34)

Com efeito, a Magna Carta é utilizada como um instrumento para interpretar as normas hierarquicamente inferiores tal qual o Código de Processo Penal. Todavia, como demonstrado nas citações, existem obstáculos para esta interpretação, pois apesar das reformas no Código de Processo Penal serem importantes ainda existe defasagem na sua estrutura.

1.2 - Dos princípios

De acordo com o doutrinador Marco Antônio de Barros "princípio é o dogma fundamental que tem o condão de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade" (BARROS, 2015, p.58).

Nesta perspectiva, os princípios que permeiam o direito processual em matéria penal servem como instrumentos para construção de todo o ordenamento jurídico processual, podendo estar expresso ou implícito no texto legal (RANGEL, 2002). Cabe ainda trazer à baila que os princípios são normas e precisam ser respeitadas pelos operadores do direito.

Não obstante, os princípios diferem das regras por possuir um teor maior de abstração e abrangência na aplicação, conforme assegura Luís Roberto Barroso ao dispor que:

Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. (BARROSO, 2003, p. 338)

1.2.1 - Dos princípios no processo penal

Sem a pretensão de esgotar o tema em relação aos princípios processuais no âmbito penal, seja pela complexidade do tema e até pela divergência de nomenclatura entre os doutrinadores à cerca dos princípios, analisaremos os princípios constitucionais que auxiliará na análise do objeto desta pesquisa monográfica: a valoração do depoimento policial.

1.2.1a) Princípio da presunção de inocência

O Princípio da Presunção de Inocência é considerado um marco das civilizações ocidentais após o Iluminismo, pois é justamente neste período histórico que surge a necessidade de delimitar os parâmetros legais da coerção estatal frente ao indivíduo. Isso porque, neste período, o acusado não tinha qualquer garantia, ficando assim a mercê do arbítrio do Estado. Assim, a partir dos ideários da Revolução Francesa, ficou consignado na Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1789) que

Art. 9º. Todo homem é considerado inocente até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão; todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

No decorrer da história, várias codificações passaram também a introduzir o Princípio de Presunção de Inocência, restando positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no art. 11, vejamos *in verbis*:

Art. 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Sobre a perspectiva histórica do princípio da presunção de inocência aduz Profa. Dra. da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) Simone Schreiber em um dos seus artigos que:

Trata-se do princípio da presunção da inocência, agora positivado, muito embora já fosse arrolado pela doutrina pátria dentre os princípios gerais que regiam o direito processual penal^[01]. A forma como está enunciado na constituição, entretanto, ensejou por si mesma alguns debates a respeito do seu alcance. Isso porque não se repetiu a fórmula consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, bem como pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. (SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7198>>. Acesso em: 3 nov. 2015.)

Observa que o Princípio da Presunção de Inocência será responsável por paulatinamente substituir o sistema processual penal inquisitório para o sistema acusatório nas sociedades ocidentais (RANGEL, 2012). Neste sentido, há uma ruptura com o modo em que o acusado é tratado, haja vista que o acusado deixa de ser tratado sem qualquer garantia para ser tutelado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção.

Na Constituição Federal, o Princípio da Presunção de Inocência está previsto no art. 5º, inciso LVII, ao dispor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por força deste princípio, alguns doutrinadores como Paulo Rangel asseveram que é prerrogativa do acusador o ônus de provar a culpa do acusado. Além disso, excepcionar a prisão cautelar e outras medidas que possam ferir a intimidade do acusado, tal como à quebra do sigilo fiscal, bancário, telefônico e a violação do domicílio por mandado judicial de busca. O jurista Silva Jardim (2003) pontua um dos principais efeitos deste princípio para o modelo processual penal:

Não pode ter mais guarida o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que basta à acusação provar a tipicidade da conduta praticada pelo réu para que o mesmo seja condenado, nada obstante a dúvida razoável sobre uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, pois tal dirimente decorreria de fato alegado pela defesa. A dúvida sobre esta matéria defensiva não laboraria em favor do acusado, pois a tipicidade seria um indício da antijuridicidade, que seria presumida em face da ausência de prova em contrário. Agora, a expressa presunção de inocência faz com que o ônus probatório seja todo da acusação. (SILVA JARDIM, 2003, p. 281)

Além disso, o princípio da presunção de inocência terá como incidência o desdobramento do Princípio *in dubio pro reo*, no qual temos como premissa que a condenação do acusado deve se basear em provas cabais, devendo o réu no caso de dúvida ser absolvido.

O princípio *in dubio pro reo*, também nomeado de *favor rei* é a figura que representa um Estado Constitucional de Direito (RANGEL, 2012). O acusado no processo criminal somente poderá ser condenado na hipótese de haver provas robustas que atestem a materialidade e a autoria do crime. Se não ficar devidamente caracterizado a configuração das elementares do tipo penal, o réu deverá ser absolvido.

Esta regra determina que o juiz aplique a tese mais favorável ao acusado. O que significa dizer que meros indícios de autoria não constituiriam prova suficiente para embasar a condenação do réu.

Ademais, ainda no que tange a referida regra, não caberia ao acusado comprovar sua inocência, ao contrário, a acusação é quem tem o ônus de provar a existência do delito. A respeito sobre a distribuição das cargas probatórias, o Professor da PUC-RS, Aury Lopes Júnior, esclarece que:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusado é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a existência das causas de justificação. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 564)

Por outro lado, sinaliza Rangel que o *favor rei* não seria apenas um princípio que estaria interligado com a matéria fática do crime. Afinal, não se limita a analisar se as provas estão suficientes para a condenação do réu, já que este conceito liga-se também com as matérias processuais de nulidade e prescrição. Vejamos *in verbis*:

O *favor rei* é o que autoriza o juiz (ou tribunal) absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o. Ou ainda, havendo a ocorrência de vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo ao mesmo tempo que há provas que autorizem a absolvição. Esta deve ser declarada em nome do *favor rei*. (RANGEL, 2013, p. 35)

O princípio *favor rei* pressupõe também à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana ao limitar a função despótica e punitiva do Estado, assegurando que o indivíduo não poderá ser punido de forma arbitrária. Por isso, seu conceito pode ser compreendido como uma extensão do princípio da presunção de inocência disposta no art. 5º, inciso LVII da Magna Carta.

Insta esclarecer que o *princípio favor rei* já era um preceito que estava presente no Código de Processo Penal antes mesmo da Magna Carta de 1988. Nesse sentido, assegurava nos termos do art. 386, inciso VI, que o juiz deve absolver o réu quando não existirem provas suficientes para a condenação, assim como no art. 615, ao asseverar que havendo empate de votos no julgamento dos recursos prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

Diante do exposto, o princípio *favor rei* assegura que a tese mais benéfica deva ser aplicada em benefício do réu. Portanto, o juiz no caso de não ter clareza sobre a autoria e a materialidade do crime deverá absolver o réu, pois, caso contrário, poderá estar cometendo um grande risco de condenar injustamente um inocente.

1.2.1b) Princípio da igualdade processual

Trata-se de um princípio que assegura no processo penal que o juiz profira um julgamento justo, permitindo que a parte ré e à autora possuam a mesma oportunidade para se manifestar, podendo inclusive requerer provas, impugnações, interposições de recursos e dentre outros. Não obstante, verifica-se que tal princípio seria decorrente da “paridade de armas”, no qual as partes processuais detêm os meios possíveis para influir na decisão final do juiz.

Convém destacar que na doutrina o princípio da isonomia pode ser analisado sob dois vieses: um material e outro formal. A isonomia formal estaria interligada ao sentido de que “todos são iguais perante a lei”, conforme prescreve o art. 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil. A partir disso Celso Bastos (2001) diz:

A isonomia formal consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos vedados pelo ordenamento constitucional. (BASTOS, 2001, p. 180)

Por outro lado, a isonomia material seria referente ao próprio tratamento uniforme que deve ser dado a todos os cidadãos sem qualquer espécie de distinção. Na Magna Carta, algumas normas tem o intuito de assegurar a isonomia material, assim como se apresenta no disposto no art. 170 e incisos que dispõe sobre ordem econômica e social e o art. 7º ao referir sobre a questão salarial.

1.2.1c) Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa têm previsão legal no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, vejamos *in verbis*:

Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O Princípio do Contraditório está relacionado ao direito de contraditar as provas e demais manifestações produzidas pela acusação (LOPES JÚNIOR, 2014). Ou seja, se a acusação alega algum fato contra o réu, a defesa, por outro lado, poderá impugnar, questionar, explicitar ou trazer novos elementos probatórios que desmistifiquem as alegações e provas produzidas pelo *adverso*. Cabe aqui pontuarmos a lição de Guilherme Nucci:

Quer dizer a toda alegação fática ou apresentação de prova feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. (NUCCI, 2008, p.79)

Em contrapartida, o princípio da ampla defesa está ligado aos meios que poderão ser utilizados no curso do processo para que o réu proceda com sua defesa. Sendo assim, o réu poderá se valer de todos os meios lícitos para defender da imputação feita pela acusação (NUCCI, 2008).

O princípio da Ampla Defesa divide-se em dois vieses: defesa técnica e autodefesa. A autodefesa, como o próprio nome indica, seria promovida pelo próprio réu. Assim, o acusado poderia influir na formação do convencimento do juiz, através de suas declarações, assim como ocorre no interrogatório. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior explica que:

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão-, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade que se nega ao acusado. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 228)

Por outro lado, a defesa técnica é exercida por um bacharel em Direito inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Trata-se de um direito indisponível no processo penal que proclama nos termos do art. 261 do Código de Processo Penal que "nenhum acusado, ainda que foragido, será processado ou julgado sem defensor".

Em nosso ordenamento jurídico não há possibilidade do réu ser julgado e processado sem que ao menos seja constituído um defensor para sua causa. Convém destacar que o defensor não deverá ter somente inscrição nos quadros da OAB, pois nem todo advogado detém de conhecimento técnico-jurídico para realizar uma defesa plausível para o réu.

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal - STF reconhece que a deficiência técnica poderá ocasionar a nulidade processual. Por isso, a súmula 523 do STF determina que "a falta de defesa constitui nulidade absoluta" e acrescenta ainda que a deficiência técnica poderá anular o processo quando comprovado que houve prejuízo ao réu. Sendo assim, a defesa técnica não se limita a existência formal de um defensor, pois, é necessário que o advogado domine o conhecimento jurídico para não ocasionar prejuízos ao réu.

Apesar das devidas peculiaridades entre o princípio do contraditório e a ampla defesa, ambos os princípios garantem que nenhum réu será condenado sem que antes lhe tenha sido concedida a oportunidade de contraditar os fatos alegados e também apresentar todos os meios de provas cabíveis para comprovar sua inocência. As duas garantias são a essência do Estado Democrático de Direito, pois impedem que o Juiz-Estado condene o réu sem a oportunidade de defesa diante das alegações feitas pela acusação.

1.2.1d) Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural assegura a todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito o conhecimento prévio da autoridade (juiz ou tribunal) que

julgará o seu caso. Trata-se de um princípio positivado na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, inciso LIII.

A respeito do alcance do princípio do juiz STF afirma que:

O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União. (...) O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reverte-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível tem, por enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. (HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/10/2004) No mesmo sentido: HC 79.865, DJ 06/04/2001

O conceito do juiz natural também está entrelaçado com o princípio da imparcialidade, no qual o juiz, embora não seja neutro (LOPES JÚNIOR, 2014), deverá ao julgar se afastar de qualquer interesse que venha a interferir no curso da demanda, favorecendo ou a parte ré ou o autor. Trata-se de um princípio que está consagrado em nossa Magna Carta em dois incisos como um dos Direitos e Garantias Fundamentais: “Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;”; “Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

Além disso, destaca-se que o princípio do juiz natural também é um pressuposto universal para que o juiz exerça sua função jurisdicional, estando consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 10: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Assim, o princípio do juiz natural estabelece a imparcialidade no processo. Observa-se que este princípio impede que no Brasil exista Tribunal ou Juiz de Exceção, determinando a imparcialidade e a competência do juiz para conduzir o julgamento da prática delitiva em que o réu é acusado.

1.2.1e) Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está amparado nos art. 93, inciso IX e art. 5º, inciso LX, ambos da Magna Carta, o mesmo está disposto no art. 792 do Código de Processo Penal. Trata-se de um princípio que é reflexo de um Estado Democrático de

Direito, não sendo possível punir ou mesmo iniciar um processo em face de um indivíduo que oculta qualquer informação.

A publicidade de todos os atos processuais ao autorizar que o cidadão comum possa comparecer às audiências, permite o controle externo e a conferência por parte de terceiros de que o juiz esteja assegurando ao réu o devido processo legal. Portanto, o princípio da publicidade viabiliza a fiscalização efetiva quanto ao cumprimento de todas as garantias processuais.

Ada Pelegrini em análise sobre a fiscalização exercida pela comunidade no âmbito dos processos, em virtude do princípio da publicidade aduz que:

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, do Ministério Público e dos defensores. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais toma outra dimensão, quando tais decisões hão de ser tomadas em audiências públicas, na presença do povo. (GRIVONER, 1975, p. 130-131)

A regra no processo penal é de que todos os atos devem ser públicos em consonância ao Princípio da Publicidade. Contudo, a Magna Carta nos termos do art. 5º, inciso LX, permite a possibilidade do juiz restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Nestas duas hipóteses a lei poderá prever a restrição de determinadas pessoas nas salas de audiência, surgindo à denominada “publicidade interna restrita” (RANGEL, 2012).

Por força de lei é possível restringir o acesso a determinadas pessoas em audiência, tal como ocorre no Tribunal do Júri quando os jurados votam em sala secreta, em conformidade com os artigos 476, 481 e 486 do Código de Processo Penal.

Cabe pontuar que o princípio da publicidade é a regra no processo penal. Contudo, não é incomum nos corredores dos tribunais de varas criminais, mães e pais, sem qualquer motivação aparente, serem impedidos de assistirem à audiência de seus filhos, o que evidencia a violação do princípio da publicidade.

No caso de Rafael Braga, manifestante preso por supostamente portar coquetel *molotov* durante as manifestações ocorridas no ano de 2013, a sua mãe, a Sra. Adriana Oliveira Braga, de 44 anos, catadora de latinha, foi proibida pelo juiz de assistir

audiência de instrução e julgamento⁴. Neste caso é possível concluir que provavelmente o juiz tenha ferido o princípio da publicidade, pois não havia qualquer impedimento legal para que a Sra. Adriana assistisse o depoimento de seu filho.

Tal caso não se revela único. Afinal, não são raros os casos em que familiares são impedidos de adentrarem a sala de audiência com o pretexto de que poderiam tumultuar o depoimento do réu. Estas alegações, *data vênia*, revelam-se frágeis, já que a publicidade somente pode ser restringida se houver previsão em lei.

1.2.1f) Princípio da vedação das provas ilícitas

A Constituição do Brasil consagra como um dos seus princípios basilares a vedação das provas que tenham sido produzidas ilicitamente. Neste sentido, o art. 5º, inciso LVI prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

São exemplos de provas ilícitas aquelas que por alguma maneira violaram ou alguma norma procedimental ou mesmo algum princípio. Com efeito, são ilícitas as provas que violem os domicílios (disposta no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal), o direito à privacidade nas comunicações (disposta no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal), o direito à integridade física, obtidas mediante tortura ou maus tratos (disposta no art. 5º, inciso III da Constituição Federal) e outras formas que impliquem a violação a alguma garantia constitucional, uma vez que a legislação não prevê um rol taxativo quanto a sua ocorrência.

Outrossim, a doutrina faz distinção entre prova ilegal, ilegítima e ilícita. Segundo os ensinamentos da Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Maria Thereza Assis Moura⁵, podemos concluir que a prova ilegal é o gênero, ao passo que a prova ilegítima e ilícita seriam a espécie.

As provas ilegítimas são aquelas que ofendem o direito processual e as ilícitas são aquelas que ofendem o direito material. A título de exemplo, podemos citar que uma prova documental é ilegítima quando juntada fora do prazo legal ou uma prova

⁴ COELHO, Henrique. Reportagem : Ativistas Criticam justiça à espera de julgamento de morador de rua. <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/08/ativistas-criticam-justica-espera-de-julgamento-de-morador-de-rua-no-rio.html> Acesso em: 01 de setembro de 2015.

⁵ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. A Ilícitude na Obtenção da Prova e sua Aferição. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070

testemunhal é ilegítima quando seu depoimento é colhido sem a regular intimação de uma das partes. Por outro lado, são exemplos de provas ilícitas: a prova que foi colhida mediante à violação ao domicílio (art. 5º, XI da CRFB), o agente policial que invade a casa do réu sem estar munido de uma ordem judicial ou então a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial.

Paulo Rangel (2013) acrescenta que há o caso de provas irregulares que seriam aquelas que foram colhidas infringindo as formalidades legais. Afinal, a lei processual exige para validade o cumprimento de determinadas formalidades tal como ocorre no caso da busca e apreensão domiciliar quando o mandado não contém os requisitos formais dispostos no art. 243 do CPP, caracterizando, portanto, uma prova irregular.

A doutrina, ainda que seja criticada por outros autores, tem admitido a possibilidade de serem aceitas provas ilícitas quando usadas em benefício do réu.⁶ A respeito do uso da prova ilícita é possível verificar que as suas origens estejam calcadas na Alemanha Federal (RANGEL,2012) ou no conceito da razoabilidade adotada pelos Estados Unidos da América em que é possível admitir a prova obtida por meio ilícito, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado.

Segundo os adeptos desta teoria, o qual se inclui Nelson Nery Jr, Paulo Rangel (2013), dentre outros, a prova colhida com violação ao direito constitucional do homem é inconstitucional, não podendo ser utilizada como meio de prova. Por outro lado, a prova ilícita pode ser utilizada em caráter excepcional se sua obtenção for o único meio de produzi-la, resguardando outros valores fundamentais considerados urgentes na concreta avaliação do caso.

O STF já decidiu pelo Habeas Corpus n. 70814/SP⁷ o uso de uma prova ilícita, inclusive quando esta não estaria sendo usada para o benefício do réu, se

⁶ De acordo com Vicente Greco Filho (2003, p 81) “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria a condenação de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violações e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.

⁷ HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO . - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei . - A eficácia probante das copias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Pecas reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal . - **Administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina**

assemelhando ao modelo norte-americano de admissibilidade de prova. No caso em questão, houve o reconhecimento de que a violação a correspondência de um prisioneiro não constituiria uma prova ilícita, já que foi o meio necessário a fim de garantir a ordem pública, pois o sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Esta teoria é alvo de críticas por parte de Aury Lopes Jr (2013), pois acredita estar sendo utilizada indevidamente por magistrados que apenas indicam estar presente o interesse público sem ao menos fundamentá-lo. Vejamos:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 610)

Além disso, destaca-se que a prova ilícita é incompatível com o nosso sistema jurídico, uma vez que a prova ilícita contaminaria todas as demais provas. Por outro lado, aduz sobre admissibilidade da prova ilícita quando for utilizada em benefício do réu.

Em que pesem as críticas, trata-se de uma questão de proporcionalidade entre a violação à norma constitucional e os valores que a prova visa a proteger. Acerca da utilização de gravações de conversas telefônicas realizada por um dos interlocutores sem o consentimento daquele que está sendo gravado, o STF se pronunciou a favor da licitude desta gravação. Vejamos a jurisprudência abaixo colecionada:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279- STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às

prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas . - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (STF - HC: 70814 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/03/1994, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136) – Grifos Nossos

provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 503617 AgR. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma, 1º de fevereiro de 2005. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2010.) (Grifos Nossos)

HABEAS CORPUS -'Habeas corpus'. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro, com a autorização de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, **por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade** (art. 5º, X, da Carta Magna). 'Habeas corpus' indeferido.- (HC 74.678-1 - São Paulo. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 15.08.97 - **Grifos Nossos**)

A título de ilustração, destacamos o voto proferido em relação à última ementa proferido pelo Ministro Moreira Alves que considerou lícita a gravação e a divulgação de conversa telefônica sem o consentimento de terceiro que pratica o crime, desde que praticada em legítima defesa. Vejamos:

(...) evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. (STF, HC n. 74.678/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15/07/1997).

Por outro lado, conforme exarado no voto do Ministro Moreira Alves, a interceptação telefônica quando realizada pela vítima em situação de legítima defesa é lícita. Afinal, os crimes cometidos em situação de legítima defesa sequer são crimes, pois é afastada nesta hipótese a antijuridicidade do crime.⁸

⁸ De acordo com Aury Lopes Júnior (2013, p. 612): “ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima de defesa ou do estado de necessidade(...)”

1.2.1g) Princípio do devido processo legal

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve em seu art. 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A partir deste princípio é possível depreender que é direito do réu ter um processo que com as devidas formalidades previstas em lei. Paulo Rangel (2013) assevera que todos os demais princípios seriam fruto do devido processo legal, vejamos:

Sem o devido processo legal, não pode haver contraditório. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia fundamental do processo que está compreendida no devido processo legal. O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele. (RANGEL, 2013, p. 5)

Acrescenta-se que o princípio do devido processo legal também está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 8º que dispõe que:

Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Ademais, também tem previsão no Pacto de São José da Costa Rica, vejamos *in verbis*:

Art. 8º – “Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O princípio do devido legal é norteador dos demais princípios, sendo o responsável por garantir o princípio do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões e demais princípios. Esse princípio assegura a segurança jurídica para que o indivíduo sofra apenas o cerceamento da liberdade, caso seja assegurado o devido processo legal.

Por fim, cabe pontuar que o princípio do devido legal divide-se em dois aspectos: material e processual. O aspecto material está interligado com o direito

material disposto no próprio Código Penal, a exemplo podemos citar o princípio da legalidade em que o indivíduo somente pode ser processado por um crime com previsão e definição em lei. Por outro lado, o aspecto processual está relacionado às normas procedimentais dentro de um processo.

1.3 - Os sistemas de avaliação de prova no processo penal

Antes de analisar o sistema de avaliação de prova adotado no Brasil vamos explicitar os diversos sistemas de apreciação que foram adotados no decorrer da história.

1.3.1 - Sistema religioso ou místico

Durante a Idade Média, os julgadores, buscando chegar à construção da verdade, submetiam os acusados à tortura como meio de pressioná-los a obter o seu testemunho como meio de prova de sua culpabilidade. Neste modelo não havia um sistema de avaliação de prova, sendo, o ritual de prova um mero meio utilizado para conseguir chegar a verdade. Durante este período da história, a prova poderia basicamente ser obtida de três maneiras: *ordália*, *duelo-duellum-bellum* e juramento.

O sistema *ordálico* era caracterizado por impor ao juiz o resultado de uma determinada prova física como meio de obtenção de prova a ser utilizada para basear a sua decisão final. A função do magistrado limitava-se em apenas ratificar o resultado das provas. Por outro lado, o réu para provar sua inocência deveria participar de uma prova de um ritual em que haveria a intervenção de uma divindade que influenciaria no resultado da prova. O doutrinador Tourinho Filho (2006) cita os seguintes exemplos do sistema ordálico:

Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...]. A ferro em brasas: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...](TOURINHO FILHO, 2006, p. 242)

O *duelo-duellum-bellum* eram duelos que eram utilizados para que o réu pudesse provar a sua inocência. Na mesma linha de atuação do sistema *ordálico*, o juiz deveria fundamentar sua decisão de acordo com as ocorrências da prova física, prestigiando mais a verdade formal do que a material. Por fim, o juramento era

considerado uma prova mais branda, terminando com o réu assumindo a culpa e depois se arrependendo.

1.3.2 - Sistema da prova legal ou tarifada

De acordo com o sistema da prova legal toda prova tem um valor certo e predeterminado pelo legislador, sendo vedado ao juiz valorar a prova através de sua livre convicção. Assim, existiria uma hierarquia entre as provas, isto é, determinada prova teria mais valor do que outra. A respeito desta matéria Marco Antônio de Barros (2002) explica que:

Noutro vértice, pelo sistema da prova legal, também chamado de ‘certeza legal’, substitui-se a certeza moral do juiz pela lei, obrigando o julgador a avaliar as provas obedecendo a uma escala de valores hierarquizados pela própria lei. O juiz era obrigado a apreciar as provas segundo o valor tarifado em lei, como acontecia, por exemplo, com a aplicação do brocardo latino, *unus testis, nullus testis*, inviabilizando a condenação do réu com base num único testemunho, ou, como sucedia em sentido oposto, respeitar o valor máximo atribuído à confissão do acusado, tida como prova plena de sua culpabilidade. Era a lei que previamente estabelecia quais as provas que serviriam de fonte para o convencimento do juiz (BARROS, 2002,p. 129)

Esse sistema teve seu maior prestígio na fase inquisitória, pois como havia desconfiança dos julgadores, o legislador instituíu um modelo pelo qual as provas deveriam ser analisadas e valoradas. Não obstante, a lei tinha algumas distorções, por exemplo, o depoimento de dez servos poderia ser menos valoroso do que o depoimento de um nobre.

Destarte, o julgador não julgava de acordo com sua convicção íntima, pois o juiz teria que julgar baseado em regras já previstas em lei. O juiz neste período era tido como “boca da lei” e o seu julgamento estava condicionado ao que fora disposto na legislação.

1.3.3 - Sistema da livre convicção

O Sistema da Livre Convicção surgiu na Roma Antiga (HELIO TORNAGHI, 1991) e somente foi resgatado em resposta as arbitrariedades cometidas com aplicação do sistema *ordálico* na era do Iluminismo na Revolução Francesa

Neste sistema o juiz poderia analisar as provas sem qualquer limitação do legislador, possuindo plena liberdade para apreciar as provas produzidas. Tourinho Filho crítica esse sistema, na medida em que não é possível determinar se de fato o juiz estaria julgando o caso com sua livre convicção ou pressionado pelo ambiente externo, vejamos:

Aí está o inconveniente. A sentença revelaria, realmente, a íntima convicção do Juiz? Sentenciando, estaria o Juiz, na verdade, exteriorizando sua íntima convicção? Quem poderia afirmar que, na sentença, o Juiz a externou? Quantos Juízes não profeririam sentenças absolutórias, intimamente convencidos da culpabilidade e vice-versa. (TOURINHO FILHO, 2008, p. 275)

Convém ressaltarmos que, apesar do juiz poder valorar as provas de acordo com sua livre convicção, ficaria limitado apenas às provas colhidas no processo, sendo vedado formar sua convicção com base em provas estranhas ao processo. O convencimento ficaria atrelado às provas colhidas nos autos do processo de tal modo que outra pessoa que analise o processo consiga verificar com base nos elementos em que o juiz formou sua convicção qual teria sido o caminho intelectual percorrido na valoração das provas.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos a incidência deste sistema para os julgamentos do tribunal do júri, uma vez que os jurados poderão julgar apenas com suas impressões e perspectivas pessoais do caso, não tendo que explicitar as razões de seu voto.

1.3.4 - Sistema da livre convicção motivada ou da persuasão racional

Trata-se de um sistema adotado pelo código napoleônico em que o julgador poderia valorar as provas de acordo com sua convicção íntima. Contudo, deveria motivar as razões pelas quais valorou cada prova, evitando que o juiz julgasse meramente de acordo com seus sentimentos pessoais.

Ainda que alvo de críticas, o sistema é adotado pelos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos. Inexistindo qualquer hierarquia de provas, tendo o juiz liberdade para formar sua convicção de acordo com as provas colhidas.

Não obstante, a terminologia poderia nos levar ao erro de pensarmos que o sistema da livre convicção motivada é baseado apenas em sentimentos internos pelo juiz, tal como destaca o constitucionalista Lênio Streck:

Veja-se que para além da operacionalidade stricto sensu, a doutrina indica ‘o caminho’ para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. Ou seja, criou-se uma falácia naturalizada, pela qual é “normal” que o judiciário decida conforme o que cada membro pensa a respeito do direito...(que reticências são essas?) E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura se sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (...) Para ser mais claro e simples: de que adianta (ou de que adiantou) colocar na Constituição (e na legislação) as conquistas de todos os matizes se, no momento da concretização, dependemos da vontade individual ou de uma dada vontade individual (ou do que diz a consciência)? (STRECK, Lenio Luiz. “Senso Incomum: O Direito está nas ruas, ou na consciência? <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia> Acesso em 01 de setembro de 2015.)

No que se refere ao sistema da livre convicção motivada, Tourinho Filho assevera que:

O Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, por meio delas, a verdade material. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 275)

1.3.5 - Sistema de apreciação de prova adotado no processo penal brasileiro

O sistema da livre convicção motiva é adotado no Brasil, assim, cabe ao juiz, de acordo com as provas colhidas, fundamentar o valor atribuído para cada prova através da sua convicção íntima. Neste diapasão, o Código de Processo Penal, no termos do artigo 155, aduz que o juiz formará sua convicção através das provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão de forma exclusiva em elementos colhidos durante o inquérito, vejamos *in verbis*:

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.

Devemos ressaltar que o disposto no Código de Processo Penal está em consonância com a Magna Carta, no termos do art. 93, inciso IX, ao aduzir que todas as decisões deverão ser motivadas.

Por outro lado, o Código de Processo Penal brasileiro também tem resquícios dos demais sistemas acima estudados. Por exemplo, o art. 158 do Código de Processo Penal evidencia adoção do sistema de prova tarifada, pois a lei exige o exame de corpo de delito sob pena de incorrer na nulidade prevista no art. 564, III, b, do Código de Processo Penal.

A hipótese disposta no art. 158 do Código de Processo Penal pode também ser analisada como um resquício do sistema de prova tarifada, no qual o legislador atribuiu maior relevância para as provas que deixem vestígios. Assim, o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, não poderá, via de regra, ser substituída por qualquer outra prova. De igual maneira, o veredicto do Tribunal do Júri revela resquício do sistema da convicção íntima. Afinal, os jurados poderão se valer meramente de sua convicção íntima, não havendo necessidade de motivar a formação de sua obrigação.

Portanto, apesar do sistema processual penal brasileiro adotar via de regra o sistema do livre convencimento motivado, há algumas situações excepcionais em que é possível detectar resquícios do sistema da prova legal ou da livre convicção. Sendo assim, ainda que pareça paradoxal, não é incorreto afirmar que o ordenamento jurídico adotou o sistema da livre convicção motivada, mas tal entendimento estaria incompleto, na medida que existe a possibilidade de vislumbrar resquícios de outros sistemas, conforme exposto acima.

1.4 - Das provas

Em consonância com os ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2014, p. 549), podemos afirmar que o processo penal é o instrumento pelo qual se visa à reconstrução de um determinado crime ocorrido no passado. As provas seriam os meios hábeis para que os magistrados formassem suas convicções.

Por derradeiro, destaca haver um paradoxo existente entre o lapso temporal do crime e o momento que a prova é produzida em um julgamento. Afinal, segundo este entendimento, o magistrado ao julgar um crime está sempre no momento presente visando a construção de um fato pretérito.

Nesta perspectiva, na clássica definição de prova direta e indireta, segundo Cordero (2000) definir que todas as provas são indiretas, pois consistem em signos do suposto fato. A única exceção seriam os delitos cometidos em audiência, pois somente em tal hipótese, o juiz poderia obter as provas de forma direta.

A fim de sintetizarmos o conceito de prova, podemos trazer os ensinamentos de Paulo Rangel ao aduzir que meios de provas são:

Todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previsto em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam. (RANGEL, 2013, p. 453)

As partes no processo penal, tanto o réu como acusação, poderão no curso do processo basear suas alegações em consonância com as provas produzidas, ao passo que caberá ao juiz examinar as provas e então formar sua convicção fundamentando sua decisão final.

Nesta perspectiva, a prova pode ser compreendida como todo elemento destinado a formar a convicção do juiz. Por isto, não é por coincidência que a palavra prova tenha origem na palavra *probatio* que significa “examinar”, “persuadir” ou “demonstrar.”

1.4.1 - Meios de prova

Os meios de prova são todos instrumentos utilizados pelo juiz a fim de apurar a veracidade sobre a materialidade do crime. Ou seja, o meio empregado pelo juiz para formar sua convicção acerca dos fatos que as partes alegam no decorrer do processo.⁹

Interessante observar que os meios de provas não possuem um rol taxativo. Porém, somente os meios lícitos de prova é que, em regra, poderão ser utilizados. Por

⁹ De acordo com Magalhães Filho (1994, p. 89) os meios de prova seriam: “Os mecanismos probatórios visam à formação e a justificação do convencimento judicial, (...) pois somente a concreta apreciação da prova, verificável pela motivação da sentença assegura a efetividade do direito à prova.”

exemplo, a Magna Carta, conforme estudado no capítulo 1, veda o uso de prova ilícita, assim como também o art. 155 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, o juiz deverá, em regra, formar a sua convicção com as provas que licitas, bem como não deverá fundamentar a sentença em provas produzidas no decorrer da instrução probatória ao invés do inquérito policial, pois neste caso não foi dado ao réu o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Por fim, as provas podem ser classificadas quanto à forma em três vieses: testemunhal, documental ou prova material.

1.5 - Da prova testemunhal

O termo testemunha advém de *testibus* que significa “dar fé” ou “dar veracidade de um fato”. Vale observar que as partes no processo penal poderão se valer do meio probatório testemunhal para atestar ou explicitar a dinâmica de um fato delituoso para o juiz.

Como requisito material, a testemunha necessita ter conhecimento sobre o fato delituoso (AQUINO, 2002, p.14). O depoente, enquanto na qualidade de testemunha, comparecerá em juízo com a finalidade de testemunhar sobre um fato passado que possa prestar esclarecimentos quanto o *thema probandum*.

O art. 202 do Código de Processo Penal prescreve que “qualquer pessoa poderá ser testemunha”. Por esta perspectiva, analisando a referida norma sem comparar com os demais termos da legislação, chegaríamos à conclusão equivocada de que qualquer pessoa pode ser caracterizada como testemunha.

Outrossim, esta análise abre margem para superficialidade, porque a testemunha deve ser caracterizada de acordo com o seu dever legal de falar a verdade, sob pena de poder ser responsabilizado criminalmente pelo crime de falso testemunho, nos termos do art. 342 do Código Penal. O Doutrinador Guilherme Nucci explicita a importância de caracterizar a testemunha de acordo com o seu compromisso legal em dizer a verdade, aduzindo que:

É (o compromisso) exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre testemunha e outros declarantes, a exemplo da vítima, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de dizer a verdade. Ademais, a vítima é convidada pelo juiz a indicar provas e será ouvida para dizer quem presume ser o autor da infração penal, em posição peculiar. (NUCCI, 2011, p. 100)

A fim de ter a dimensão exata de quem pode ou não ser definido como testemunha, faz-se necessário a leitura minuciosa do art. 203 do Código de Processo penal, o qual adverte que a testemunha tem o dever legal de dizer somente a verdade dos fatos que lhe forem questionados. Vejamos *in verbis*:

Art. 203 CPP - 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.

Em uma leitura mais harmônica da legislação verifica-se que o art. 202 do Código de Processo Penal, ao se referir que qualquer um poderá ser testemunha, evidencie que não haverá qualquer preconceito ou proibição que vede qualquer pessoa de testemunhar. Vedando, desta forma, o indeferimento de alguma testemunha por motivo de credo religioso, sexo, convicções políticas ou raça.

Conforme já exarado no tópico 2 deste capítulo, convém mencionar que de acordo com nosso sistema de prova, inexistente uma prova com mais valor que a outra, isto é, inexistente a noção de que determinada prova testemunhal possua mais credibilidade do que outra. Neste mesmo sentido, as provas não serão valoradas em consonância com sua quantidade ou então o papel social desempenhado pelo depoente. Sendo assim, ainda que acusação ou defesa tenham mais testemunhas do que seu *adverso*, o juiz, pelo princípio do livre convencimento motivado, poderá basear sua sentença em um único só testemunho.

Por outro lado, existe alguns critérios definidos na doutrina para que o juiz forme sua convicção, assim é indicado que se analise as condições pessoais do depoente, a sua idoneidade, o seu interesse com o deslinde processual e dentre aspectos relevantes. A respeito deste processo de valoração Marcellus Lima (2007) explicita que:

O Juiz deve verificar as condições pessoais, credibilidade e idoneidade da testemunha, sabido que às vezes a testemunha depõe dominada pelo medo, ou ainda pode ter deficiência de percepção e falhas de memória, existindo sempre as pessoas sugestionáveis, podendo ainda a idade (a criança e o velho) influir na credibilidade do testemunho. Consoante Malatesta, apesar de existir a presunção de veracidade dos depoimentos, 'esta presunção de veracidade pode ser destruída ou enfraquecida por condições particulares, que sejam, em concreto, inerentes ao sujeito, forma ou conteúdo de uma particular testemunha;

para avaliar sua força probatória, em concreto, é necessário, por isso, atender as condições particulares supracitadas'. (LIMA, 2007, p. 133)

Em que pese os elementos abordados serem comumente utilizados pelo juiz para formar motivadamente sua livre convicção, não há nenhum elemento que tenha sido capaz de afastar a fragilidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas. Mesmo que examinemos o depoimento com determinada cautela, dificilmente conseguiremos desassociá-lo de seu conteúdo humano, o qual ocasiona muitas vezes imprecisões quanto às declarações prestadas. Sendo assim:

Pertinente é a filtragem dos depoimentos. Entretanto, por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as testemunhas, indenes a fatores perturbadores, não há como afastar, *a priori*, qualquer contaminação em seu depoimento. (GIACOMOLLI, 2010, p. 14)

Malgrado o art. 213 do Código de Processo Penal determine que as testemunhas não se manifestem sobre as apreciações pessoais, desassociando do mundo teórico e aproximando da realidade, verificamos que tal pretensão torna-se improvável. A testemunha dificilmente livrar-se-á de sua subjetividade, afinal, somos sujeitos de valores, decorrente de nossa própria natureza humana.

1.5.1 - Classificação das testemunhas

Em consonância com os ensinamentos de Marcellus Polastri Lima (2007) as testemunhas podem ser: direta, indireta, instrumental, judicial, própria, imprópria, informante, numerária e referida.

O testemunho direto, também chamado de “*de visu*” refere-se à testemunha que teria contato imediato com o fato delituoso. Por outro lado, a testemunha indireta teria conhecimento do fato por terceiros, por isto, também é nomeada de “*de auditu*” que significa “ouviu dizer”, a testemunha, *in casu*, não presenciou o fato, mas tomou conhecimento por terceiros.

Também é possível classificar a testemunha como instrumental ou judicial. A primeira categoria refere-se ao depoente que presenciou determinado ato jurídico no inquérito ou no curso do processo, dando autenticidade aos fatos que não se referem diretamente ao mérito da ação penal. Um exemplo de testemunha instrumental é aquele que realiza o reconhecimento de pessoas previsto no art. 226, inciso IV do Código de

Processo Penal. Em relação à segunda categoria, a testemunha vai dispor sobre o fato que presenciou.

Podemos classificar as testemunhas entre próprias e impróprias. A testemunha própria é aquela que depõe sobre fatos que teria visto diretamente ou que ouviu dizer (também classificada de testemunha indireta). Porém, seja testemunha direta ou indireta, ambas irão depor sobre o *thema probandum*. A segunda categoria refere-se à testemunha que presta depoimento sobre determinados atos do procedimento, por exemplo, informar se o auto de prisão em flagrante foi lavrado pela autoridade competente.

As testemunhas ainda se subdividem em numerárias, informantes e referidas.

As numerárias são as testemunhas por excelência, que prestam compromisso legal de falar a verdade, são nomeadas desta forma, pois são sempre computadas no número legal previsto em lei à ser arrolado pela parte. Em se tratando de procedimento ordinário, cada parte poderá arrolar 8 (oito) testemunhas, caso o procedimento for o sumário será facultado as partes arrolarem até 5 (cinco) testemunhas.

As referidas, por sua vez, seriam aquelas testemunhas que podem ser ouvidas até mesmo fora do número exigido por lei, uma vez que foram referenciadas em depoimentos de outras testemunhas.

Por fim, as informantes, também nomeadas de “não compromissadas” são testemunhas que prestam seu depoimento sem o compromisso legal de falar a verdade. Tais testemunhas estão contempladas no art. 206 e 208 do Código de Processo Penal, embora possam comparecer em juízo estão dispensadas do seu dever legal de falar a verdade.

1.5.2 Caracteres do testemunho

A doutrina destaca quatro principais características que o depoimento possui: judicialidade, objetividade, oralidade e retrospectiva. Em forma sintética SMANIO (2000) aduz sobre tais características:

- a. judicialidade: tecnicamente, só é prova testemunhal aquela prestada em juízo (prova é aquela produzida perante o juiz);
- b. oralidade: o depoimento deve ser prestado de viva voz, sempre que possível, embora deva ser reduzido a termo. Exceções: surdos-mudos,

Presidente da República, Vice-presidente, Presidentes da Câmara, Senado e STF (art. 221, § 1º, CPP);
c. objetividade: a testemunha deve limitar-se a depor sobre os fatos, sem emitir suas opiniões ou externar juízos valorativos;
d. retrospectividade: a testemunha depõe sobre fatos passados; não pode fazer prognósticos futuros. (SMANIO, 2000, p. 83).

A oralidade pressupõe que o depoimento seja prestado por meio da explicitação dos fatos de forma oral, exceto dos casos previstos em lei. A exceção da regra está no depoimento do surdo-mudo ou do mudo-surdo, na qual a testemunha poderá responder os questionamentos por escrito, nos termos do art. 192 c/c art. 233 do Código de Processo Penal. Ou ainda, na hipótese do Vice-Presidente da República, aos Presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, o qual será permitido que as perguntas sejam feitas por escrito e respondidas por escrito. da mesma forma.

O testemunho, em tese, deve ser objetivo, na medida em que a testemunha deve relatar tão somente o fato sem que emita juízo de valor sobre o fato, conforme prescreve o art. 213 do Código de Processo Penal.

Além disso, outra característica da testemunha é que sempre está narrando um fato pretérito. Neste sentido, sinaliza Marcellus Polastri Lima (2007):

A retrospectividade refere-se à característica de que o testemunho é sempre relativo ao fato pretérito. Assim, a pessoa testemunha um fato mas, ao depor, ou seja, ao prestar seu testemunho, deve narrar o fato acontecido que testemunhou. (LIMA, 2007, p. 135)

Por fim, alguns doutrinadores acrescentam que a prova testemunhal caracteriza-se pela judicialidade, pois é uma prova produzida perante o Estado-Juiz.

1.5.3 Informante como meio de prova

A partir do tópico anterior, verificamos que testemunha é toda pessoa que afirma poder colaborar com o processo de forma imparcial sob o compromisso de falar apenas a verdade (art.203, CPP). Contudo, caso a imparcialidade esteja comprometida, as declarações deveram ser colhidas sem o compromisso do depoente em dizer a verdade. Nestes casos, embora os depoimentos destas pessoas possam ajudar na apuração dos fatos, os depoentes deverão ser ouvidos na qualidade de informante.

Ainda que pareça óbvio, cabe esclarecer que o fato da informante não ter o compromisso legal de falar a verdade, não significa dizer que necessariamente estará mentindo. Por mais que possamos parecer pedantes, o fato é que muitos depoimentos de informantes são menosprezados pelos juízes sob a alegação de que seriam depoimentos frágeis, já que não estariam comprometidos em dizer a verdade.

Assim, frisamos que, em algumas ocasiões, o depoimento do informante pode ser utilizado como meio de prova. Pois, em consonância com nosso ordenamento jurídico, até o momento não nos foi apresentado qualquer impedimento legal para valorar o depoimento dos informantes. Ao contrário, caso o depoimento do informante coloque em dúvida a autoria ou a materialidade do fato delituoso exposto pela acusação, o magistrado não deverá, *a priori*, rechaçar tal tese.

Existem, no entanto, diversos exemplos que comprovam que magistrados não valorem o depoimento dos informantes. Em uma situação hipotética em que o magistrado tenha que confrontar o depoimento de um policial com um depoimento prestado por informante, provavelmente, em consonância com a jurisprudência pátria, haverá uma valoração maior ao depoimento do policial, já que o mesmo ao depor assumiu o compromisso legal de falar a verdade. Isto porque os policiais são ouvidos, na maioria das vezes, na qualidade de testemunha.

Ou seja, trata-se de dois depoimentos que são valorados de forma distintas. Um tem o compromisso legal de falar a verdade e o outro não. Por outro lado, isto não significa dizer que a convicção do magistrado acerca da *lide* não deva ser abalada pelo depoimento de informante.

Contudo, a maioria dos juízes tende a ponderar em consonância com o sistema de valoração de provas de que os depoimentos policiais teriam mais capacidade de atestar a verdade dos fatos do que àqueles prestados por informantes. Vejamos algumas jurisprudências do Tribunal do Rio de Janeiro em que há divergência entre a prova testemunhal e o informante:

EMENTA - CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM PRISÃO EM FLAGRANTE- CONDENAÇÃO - ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DA PROVA ACUSATÓRIA POR SER BASEADA EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRADOS POLICIAIS CUJOS DEPOIMENTOS SÃO CONTRADITÓRIOS -PEQUENAS DIVERGÊNCIAS NOS DEPOIMENTOS QUE NÃO AFETAMA MATÉRIA DE FUNDO - VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOPOLICIAIS - DECLARAÇÕES DE INFORMANTES QUE NÃO DEVEMPREVALECER SOBRE TESTEMUNHOS

PRESTADOS SOB O CRIVODO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ASSOCIAÇÃO DEMONSTRADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO – PENAS FIXADAS DE FORMA FUNDAMENTADA REGIME FECHADO - IMPOSIÇÃO LEGAL - DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.” (TJRJ - DES. FATIMA CLEMENTE - Julgamento: 04/02/2009 -QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Processo 2008.050.07244 – **Grifos nossos**)

EMENTA: Entorpecente. Tráfico. Crime hediondo. Condenação. Recurso da defesa postulando a absolvição do apenado por falta de provas. Ao contrário do alegado pela defesa, a prova é suficiente para ensejar a condenação. Os policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante, prestaram depoimentos coerentes, no sentido de que após informações de que no local havia tráfico de drogas, para lá se dirigiram, arrecadando as drogas no quarto do réu e no quintal de sua casa. **Por outro lado, a testemunha de defesa, Luzia Maria Francisco, amiga íntima da família, alegou, de forma bastante vaga, ter visto um movimento perto de uma casa onde dizem ter apreendido coisas**. Materialidade, autoria e culpabilidade comprovadas. **Os depoimentos dos policiais devem ser avaliados no contexto probatório em que inseridos, sem prevenção ou preconceito em razão do ofício, por conhecerem as consequências do falsear a verdade**. Ausentes quaisquer elementos que levem a seu descrédito, a palavra dos policiais, agentes públicos, aos quais o Estado entrega parte de seu 'munus', com vistas a segurança pública, há de ter plena credibilidade, à teor do enunciado nº 70 da Súmula deste TJ. Induvidosa a prática, pelo ora apelante, do crime previsto no artigo 33, da Lei 11.343/06, face à grande quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, e circunstâncias de sua prisão, justificando-se a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, apesar de sua primariedade. Recurso improvido. (TJ-RJ - APL: 00981312220118190001 RJ 0098131-22.2011.8.19.0001, Relator: DES. SUELY LOPES MAGALHAES, Data de Julgamento: 10/05/2012, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/07/2012 13:15 – **Grifos Nossos**)

O apelante foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Madureira à pena de 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, no valor mínimo unitário, por infração comportamental aos artigos 33 da Lei 11343/06, com as causas de aumento do artigo 40, IV e V do mesmo diploma legal. Irresignado com tal decisão interpôs o presente recurso de apelação (fls. 147/163 e 177) objetivando sua absolvição face à inexistência de prova para embasar um decreto condenatório; a aplicação da causa de diminuição do art. 33, parágrafo quarto da Lei nº 11343/06; a aplicação do regime aberto e a redução da pena de multa. Após o recebimento de denúncia anônima de que haviam elementos reunidos, armados, traficando entorpecentes na FAVELA DO TIRÇO, policiais militares para lá se deslocado objetivando apurar a veracidade dos fatos. Ao chegarem ao local apontado, lograram encontrar o apelante e um menor de nome Davi, armados, sendo certo que ambos correram para o interior de um barraco visando empreender fuga. Após perseguição, os milicianos

constatarem que ambos portavam armas nas costas e encontraram nas vestes deles o material entorpecente descrito na inicial. A materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão (fls. 19/20), pelo laudo de arma de fogo (fls. 69/73), e pelos laudos periciais de material toxicológico acostados à fls 27 (prévio) e 68 (definitivo) que atestam: "Tratar-se de cerca de 112 g (cento e doze grammas), peso líquido total, obtido por amostragem de material pulverulento de cor branca, distribuído em 140 (cento e quarenta) pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente recobertos com retalho de papel preto, fechados por grampos metálicos. O exame de laboratório (testes, solubilidade, determinação de ph, reação com ácido, nitrato de prata, iodo/iodeto, cloreto mercurioso, tiocianato de cobalto e hidrólise ativa) revelou ser o pó COCAÍNA. De acordo com as normas legais em vigor, trata-se de ENTORPECENTE". **Quanto à autoria, esta restou plenamente evidenciada pelos depoimentos firmes e coerentes, prestados em Juízo sob o crivo do contraditório, dos policiais militares Cristiano da Silva Martins e Paulo José Santos da Silva que narraram harmoniosamente a dinâmica dos fatos. A versão apresentada pelo ora apelante restou completamente isolada do conjunto probatório dos autos, inexistindo nenhum elemento de convicção para dar suporte ao alegado em autodefesa. As declarações das testemunhas de defesa, Helena (fls. 107/108) e Davi (fls. 109/111), ouvidas como informantes, eis a primeira é tia e o segundo, primo e envolvido nos fatos descritos na denúncia, são completamente divorciadas das provas carreadas nos autos, vez que os milicianos que realizaram a prisão do apelante narraram que ele se encontrava em companhia do menor Davi, ambos armados, na Favela do Tirço, quando partiram em fuga em direção à residência onde foram detidos.** As circunstâncias da prisão do apelante, que tentou empreender fuga logo que avistou os policiais, a forma do acondicionamento da droga pronta para a comercialização, a grande quantidade apreendida permitem concluir de forma segura que trata-se de crime de tráfico de drogas. (...) DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO - UNÂNIME. (TJ-RJ - APL: 00039035520118190001 RJ 0003903-55.2011.8.19.0001, Relator: DES. ELIZABETH GOMES GREGORY, Data de Julgamento: 06/03/2012, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/06/2012 15:02 – **Grifos nossos**)

É nítido pela jurisprudência acima que o depoimento do informante é sempre menosprezado. Por derradeiro, ainda que predominante na jurisprudência esta desvalorização quanto aos testemunhos prestados por informante, não nos é apresentado qualquer fundamento legal que verse sobre a impossibilidade do juiz basear a sua sentença de acordo com uma prova colhida por informante. Ao contrário, o juiz é livre para valorar as provas de acordo com sua convicção e considerando que sua convicção deve ser motivada, caso, o depoimento do informante coloque em dúvida à autoria do fato delituoso, o réu deverá ser absolvido.

CAPÍTULO 2 - Súmulas E Controvérsias

2.1. A uniformização da jurisprudência no decorrer da história brasileira

No mundo, existem basicamente dois sistemas jurídicos: *civil law* – de tradição romano-germânica; e *common law* – de tradição anglo-americana. Existem ainda países que, como a Índia, adotam um modelo híbrido.

No sistema *common law*¹⁰, os magistrados, ao proferirem suas sentenças, baseavam-se nos costumes e em outras jurisprudências, as quais eram utilizadas como precedente para os casos a serem julgados. Nessa perspectiva, é possível demarcar dois pontos principais. Por um lado, ao invés de o *common law* primar por um Direito escrito, o mesmo frisa por um ordenamento, cuja aplicação de normas e regras não estão escritas, e sim sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Por outro lado, de acordo com a lógica da *civil law*¹¹, o sistema jurídico é justamente o inverso, uma vez que a fonte primária a ser utilizada pelos julgamentos é a legislação.

Em *Súmula vinculante e reforma do judiciário* (2002), Sílvio Costa explica sobre as estruturas dos modelos *common law* e *civil law* nos seguintes termos:

A Família Romano-Germânica centra-se sobre o Direito legislado, partindo, pois, de fórmulas ou axiomas gerais que devem ser concretizados caso a caso, por interpretação dos operadores do Direito. Por tal razão, os sistemas a ela ligados são também conhecidos como “axiomáticos” por parte da doutrina. O sistema é estruturado, portanto, sobre a normatização preventiva, exemplar e educativa, que busca, na generalidade de suas determinações, o enquadramento de um grande campo de ações ainda não ocorridas num determinado paradigma aceitável ou recomendado. De certa maneira, pode-se dizer que o sistema volta-se para o futuro, já que é vedada a retroação das suas normas. De outro lado, o sistema Common Law centra-se no caso concreto já decidido (precedente), a partir de normas processuais predeterminadas. Ao invés de paradigmas genéricos ligados a uma lógica dedutiva, busca, por meio de um raciocínio problemático (caso a caso), decisões concretas, que só secundariamente podem adquirir autoridade prospectiva geral. Por isso, é também conhecido na doutrina como “sistema problemático”.

¹⁰ De acordo com Rodolfo Mancuso Souza (2007, p. 177). salienta que tal sistema possui suas raízes na Inglaterra (séculos XII e XIII). “O *common law* é um sistema jurídico velho de um milênio, remontando ao tempo da conquista normanda de 1066, passando pela dinastia Tudor³⁷ (1485), época em que sua aplicação se dava de forma itinerante através dos condados do reino ou mesmo sediada em Londres, nas Cortes Reais.”

¹¹ De acordo com Andréia Vieira (2007, p. 270): “A expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.”

A solução para os conflitos é revista a cada novo conflito, repudiando-se o raciocínio a priori. Concentrando-se no caso ocorrido e tomando sua decisão como paradigma para decisões de futuros casos substancialmente idênticos, pode-se dizer que o sistema, nesse sentido, volta-se para o passado, com base no processo. A lei, enquanto norma geral e abstrata, tem papel material secundário, conquanto cresça de importância no campo processual. (COSTA, 2002, p. 9-10).

Muitos doutrinadores afirmam que, durante o período correspondente a Era Imperial, o Brasil teria vivenciado um sistema similar ao *commow law*, na medida em que as decisões judiciais necessitavam ser obedecidas pelos demais tribunais. Tal argumento se pautaria na uniformização da jurisprudência dos Tribunais a partir da constituição de *Assentos Portugueses*.

Cabe observar que, na época colonial brasileira, o país fora repartido em capitanias hereditárias, em que amplos poderes couberam ao governador e aos capitães, como, por exemplo, decisões sobre a organização judiciária. Ocorre que, com o desenvolvimento das colônias, as jurisprudências construídas nos países tornaram-se desarmônicas, em virtude de cada colônia ter a sua própria jurisdição.

Desta forma, os portugueses instituíram os *Assentos Portugueses* como forma de uniformização da jurisprudência pátria em solo brasileiro. Neste sentido, as interpretações dadas às leis de Portugal deveriam ser obedecidas pelos demais órgãos jurisdicionais do Brasil.

Sobre este período histórico, Rodolfo Mancuso (2007) aponta que:

O exame dos modelos de controle da divergência jurisprudencial não pode dispensar uma breve incursão pelo Direito Português. Primeiro, porque aí tiveram origem os assentos obrigatórios, que potencializando a eficácia da jurisprudência, permitiram sua elevação à condição de fonte formal ou forma de expressão do Direito, na medida em que tais enunciados se expressavam em modo abstrato, geral e impositivo, apresentando, pois, características próprias das normas legais. Em segundo lugar, esses assentos aportaram no Brasil Colônia e aqui frutificaram, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império. Enfim, vale mencionar que a ideia dos enunciados normativos nunca foi de todo abandonada ao longo da evolução do Direito pátrio, valendo lembrar que ao ensejo dos trabalhos legislativos que precederam à promulgação do atual CPC (em vigor desde 1974) voltou-se a cogitar sobre a adoção daquela técnica, já agora sob a denominação de prejulgados (MANCUSO, 2007, 193-194).

Com a promulgação da independência (1824), foi conferido ao Poder Legislativo não tão somente o poder de editar e suspender leis, mas também de

interpretá-las, em consonância com o art. 15 da Magna Carta de 1824¹². Porém, na prática, isto nunca ocorreu, uma vez que, na maioria dos casos era o próprio poder executivo que determinava as interpretações das leis.

Em 1875, com a edição do decreto n. 6.142¹³, foi conferido ao Supremo Tribunal de Justiça o direito de expedir novos assentos para dar uniformidade à jurisprudência pátria. Os *Assentos Portugueses*, por sua vez, foram abolidos com a instituição do modelo republicano no Brasil. Todavia, por meio da emenda constitucional de 1926 à Constituição de 1821¹⁴, foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever as decisões proferidas em última instância quando questionada a validade da constituição, uniformizando, desta forma, a jurisprudência no que concerne as matérias constitucionais. Nesse sentido, Veloso (2003) aduz que:

A famosa Emenda Constitucional de 1926 conferiu, expressamente, a todos os tribunais, federais ou estaduais, competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as, ou não, no caso concreto, aprimorando a redação das normas constitucionais sobre o assunto (VELOSO, 2003, p.30).

Já em 1961, por meio do projeto de lei de autoria de Haroldo Valladão, houve a tentativa da criação de súmulas vinculantes inspiradas pela lógica dos *Assentos Portugueses*, no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a proposta foi rejeitada sob a alegação de que o modelo de súmula era incompatível com o sistema do país. Nessa perspectiva, ao vetar a súmula no ordenamento jurídico, o senador Accioly Filho (apud STRECK, 1995) justificou que:

As súmulas não se compadecem com o nosso sistema escrito de Direito positivo. Num ordenamento preponderantemente consuetudinário, é natural que certas orientações jurisprudenciais se cristalizem em enunciados estáveis, como são os cases do Direito americano. Mas as leis escritas já carecem de flexibilidade bastante, de modo que procurar ainda mais endurecer a sua interpretação,

¹² A Constituição de 1824 assevera nos termos do art. 13. “O Poder Legislativo é delegado á Assembleia Geral com a Sanção do Imperador”. Não obstante, o art. 15 dispunha que era “atribuição da Assembleia Geral nos termos do inciso VIII; fazer leis, interpreta-las, suspendê-las, e revogá-las” (BRASIL, Constituição de 1824,).

¹³ Art. 2º “Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada.” DECRETO Nº 6.142, DE 10 DE MARÇO DE 1876. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html> Acesso em 03 de setembro de 2015.

¹⁴ Emenda Constitucional de 3 setembro de 1926. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html> . Acessado em 03 de setembro de 2015.

mediante proposições que dificilmente possam ser afastadas, significa abrir mão do pouco que nos deixa o sistema para modelação do Direito positivo às circunstâncias de cada caso concreto", acrescentou ainda, o senador "a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é ainda uma experiência de resultados até agora não comprovados. Esperemos a lição do tempo, e não nos arrisquemos em tentativas generalizadas em todo o território nacional, antes que se conheçam os rumos a que será levada à experiência do Supremo Tribunal Federal. (ACCIOLY FILHO apud STRECK, 1995, p.123).

O Código de Processo Civil de 1973, portanto, entendeu pela inconstitucionalidade da súmula vinculante. Todavia, não houve óbice quanto a instituições de súmulas que visassem a uniformização dos tribunais, de tal modo que, nos termos do art. 479 do Código de Processo Civil foi autorizada a adoção de súmulas pelos tribunais, porém sem qualquer força vinculante.

Não obstante, somente com a edição da Emenda Constitucional de 45/2004 passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico as súmulas vinculantes. Tendo, assim, desde a promulgação da Magna Carta em 1988, a tarefa de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional o Superior Tribunal de Justiça, ao passo que cabia ao Supremo Tribunal Federal zelar pela unificação de matérias do âmbito constitucional.

2.1.1 - Fundamento legal e conceito

Na visão de Chiarini Júnior (2007), as súmulas são:

Entendimentos firmados pelos tribunais que, após reiteradas decisões em um mesmo sentido, sobre determinado tema específico de sua competência, resolvem por editar uma súmula, de forma a demonstrar qual o entendimento da corte sobre o assunto, e que servem de referencial não obrigatório a todo o mundo jurídico.¹⁵

Além disso, as súmulas visam harmonizar a jurisprudência interna dos tribunais, em que a existência de julgados que se contradizem, geram insegurança jurídica quanto ao direito aplicado. Portanto, o incidente de uniformização da jurisprudência seria cabível sempre que houver corte de decisões conflitantes. De acordo com Nelson Nery Júnior (2010),

¹⁵ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A Inconstitucionalidade da Súmula de efeito vinculante no Direito Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 91, out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4248>> Acesso em: 20 abr. 2013.

É destinado a fazer com que seja mantida a unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal. Havendo, na mesma corte, julgamentos conflitantes a respeito de uma mesma tese jurídica, é cabível o incidente a fim de que, primeiramente, o pleno do tribunal se manifeste sobre a tese, para, tão-somente depois, ser aplicado o entendimento resultante do incidente ao caso concreto levado a julgamento pelo órgão do tribunal (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade, 2010, p.794).

Logo, o sistema da livre convicção motivada, frequentemente, irá gerar, pela sua própria essência, julgados contrários. Afinal, o mesmo julgador, embora motivando sua decisão, poderá valorar as provas de forma distinta e, portanto diferentes julgadores poderão proferir sentenças colidentes para casos similares. Todavia, tal situação gerará insegurança para o mundo jurídico, uma vez que teremos julgados diferentes para situações similares.

A fim de dar aos jurisdicionados maior segurança, é fundamental a existência de súmulas com o intuito de integrar o entendimento compartilhado por um Tribunal. Por esta perspectiva, os jurisdicionados, que estarão submetidos em um mesmo caso similar, terão a certeza de que terão um mesmo tratamento, isto é, isonomia, quanto aos seus julgados. Sob essa estrutura de funcionamento, é fortalecida a segurança jurídica e a credibilidade nos órgãos jurisdicionais.

Ao visar constituir a segurança jurídica, o legislador conferiu aos tribunais, nos termos do art. 479 do Código de Processo Civil, a possibilidade de editar súmulas para que seja aplicados o mesmo entendimento para questões similares. Veja-se *in verbis*:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante

Nesta perspectiva, a súmula representa o posicionamento tomado pelo Tribunal diante de um conflito jurisprudencial, no qual passa a indicar, através do entendimento de um Tribunal, uma direção para futuras causas que visem tratar sobre a mesma matéria. No entanto, conforme será debatido no próximo tópico, o juiz somente será obrigado a seguir o entendimento da súmula caso seja vinculante. O teor da súmula consiste no entendimento majoritário de um Tribunal sobre determinada matéria de

direito, o qual serve de parâmetro para os demais magistrados. Assim, a súmula é o resultado da uniformização de jurisprudencial acerca de determinado assunto.

2.1.2 - Súmula vinculante

As súmulas vinculantes diferenciam-se das demais, uma vez que tem efeito *erga omnes*. Ou seja, seus efeitos vinculam toda a Administração Pública, quanto os órgãos do poder judiciário.

Neste sentido, Mônica Medeiros (2005) desenvolve o conceito de súmula vinculante se referindo

[...] a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é preceito doutrinário que é preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizados para orientar o julgamento de outros casos. As duas palavras – súmula e enunciado - embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas indistintamente de modo que por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja o próprio preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada. (MEDEIROS, 2005, p.237).

No Brasil, a figura da súmula vinculante foi instituída pela Emenda Constitucional nº45/2004, que disciplinou nos termos do art. 103-A e parágrafos, nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O constitucionalista Guilherme Moraes explicita que a súmula vinculante pode inclusive invalidar os atos administrativos que estejam em desacordo com o seu texto. Vejamos *in verbis*:

A Súmula com eficácia Vinculante, que implica a invalidação dos atos administrativos e decisões judiciais prolatadas em contrariedade à jurisprudência predominante, é produzida pelo voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal com fundamento no artigo 103 A da CRFB [...]. (MORAES, 2008, p.462).

Portanto, se coloca como decisivo esclarecer que existem dois tipos de súmulas no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro tipo de súmula refere-se a um verbete que irá revelar a interpretação majoritária de um tribunal sobre determinada matéria de direito. Em contrapartida, as súmulas vinculantes são verbetes editados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, no qual, o entendimento disposto será obrigatório para todos os tribunais, bem como a Administração Pública, conforme art. 103-A e parágrafos.

O rito do segundo tipo de súmula mencionado acima versa sobre o procedimento para que seja criada, revista ou até uma súmula vinculante está disciplinada pela lei n. 11.417/2006. Sobre o referido procedimento Pedro Lenza (2007) ensina que:

No processo de edição, revisão ou cancelamento, de Súmula Vinculante, seja de ofício ou mediante provocação, sempre haverá manifestação do Procurador Geral da República, salvo, conforme artigo 2º § 2º da lei, nas propostas que houver formulado. Deflagrado o processo, colhida a manifestação do Procurador Geral da República, admitida ou não, por decisão irrecorrível do relator, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do STF (*amicus curiae*), a edição, a revisão e cancelamento de enunciado de Súmula, com efeito, Vinculante dependerão da decisão tomada por pelo menos 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária manifestando-se no mesmo sentido oito dos 11 ministros. Nos termos do artigo 6º da lei, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante, não autoriza a suspensão dos processos em que se discute a mesma questão. Por fim, no prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de Súmula com efeito Vinculante, o STF fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União o enunciado respectivo [...]. (LENZA, 2007, p.570).

Contudo, o procedimento para criação, revisão e cancelamento de súmula não está plenamente disciplinado pela Lei nº 11.417/2006. Afinal, a referida norma restringe-se em dispor sobre o rol de legitimados para propositura da súmula: o *quórum*

qualificado de apreciação pelo plenário; a possibilidade de manifestação de terceiros; a modulação de efeitos materiais e temporais do respectivo enunciado; a possibilidade de reclamação em face da inobservância da súmula; e por fim, a aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No que tange a manifestação de terceiros, Leonardo Vizeu Figueiredo (2007) explicita que:

Em que pese haver a possibilidade de manifestação de terceiros, não há que se falar em discussão sobre interesses pessoais, uma vez que o Pretório Excelso limitar-se-á, tão-somente, a objetivar a fundamentação de seus julgados exercida em sede de controle difuso de constitucionalidade ou no exercício de sua competência originária (quando se tratar de matéria constitucional), nos termos estabelecidos no art. 102 da CRFB, a ser compendiada nos enunciados vinculantes que compõe sua súmula [...]. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417/2006: apontamentos para compreensão do tema. Jus navigandi, Teresina, ano 11, n. 1295, 17 jan. 2007. Disponível em: Acesso em: 20 jul. 2007.)

De acordo com os termos do art. 103-A, § 2º da Constituição da República Federal do Brasil, é assegurado que a edição, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocado pelos mesmos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade. Não obstante, em conformidade com preceito constitucional a Lei nº 11.417/2006 veio a determinar os legitimados para propor a criação, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, com a seguinte redação:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I – O Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – o Procurador-Geral da República;
- V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI – o Defensor Público-Geral da União;
- VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X – O Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

(Lei nº 11.417/2006)

Nessas condições, ressalta-se que a jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que os legitimados acima dispostos deverão demonstrar pertinência temática. Ou seja, se hipoteticamente o governador propor o cancelamento de súmula deverá explicitar as razões de tal medida e o modo como determinada súmula está impactando dentro dos limites de sua atuação.

Dando destaque a essa proposição, a Magna Carta estabelece três requisitos para edição de súmula: (1) a controvérsia em matéria de direito constitucional; (2) a controvérsia entre a Administração Pública ou entre órgãos judiciários; (3) a existência de decisões reiteradas no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

No que concerne aos efeitos da súmula vinculante, somente serão produzidos efeitos após sua publicação em Diário Oficial, isto é, efeitos *ex nunc*. Usualmente, os termos do §4º da Lei nº 11.417/2006 preveem que a súmula possui aplicação imediata. No entanto, o Supremo Tribunal Federal¹⁶ pode restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Apesar da Administração Pública e os órgãos jurisdicionais deverem obedecer aos ditames da súmula vinculante, inexistente qualquer tipo de sanção previsto pela EC n. 45/04 a penalizar o juiz que desacatar o cumprimento de uma súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a lei prevê que caberá Reclamação, quanto o ato administrativo ou decisão que viole súmula vinculante. Veja-se:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

(EC n. 45/04)

Insta salientar que, apesar da súmula vinculante ter caráter obrigatório, nem todas as situações insurgiram em erro da autoridade competente. Por exemplo, o

¹⁶ Por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros.

magistrado poderá fundamentar sua decisão indicando que deixará de aplicar determinada súmula vinculante, tendo em vista que, diante das peculiaridades do caso concreto, seja necessário que se afaste o cumprimento da súmula.

2.1.3 - Análise sobre a súmula

Como efeito positivo, as súmulas trazem consigo a segurança jurídica decorrente da uniformização do judiciário. Os jurisdicionados terão previsibilidade quanto ao entendimento majoritário do Tribunal sobre a sua lide. No que tange a súmula vinculante, observamos também como efeito a celeridade e economia processual, na medida em que impede exaustivas causas sejam propostas discutindo um entendimento já firmado no Supremo Tribunal Federal.

Por outro viés, será que, em nome desta suposta segurança jurídica, não estaríamos engessando o judiciário com ideias pré-concebidas?

Em nosso ordenamento jurídico, através do livre convencimento motivado, cabe ao juiz apreciar as provas colhidas e então valorá-las para solucionar o conflito. Assim, as súmulas revelam-se como obstáculos para a convicção do magistrado sobre o caso. Afinal, ainda que, através do uso da hermenêutica, encontre respaldo para adotar uma tese diversa ao entendimento firmado por uma súmula, o magistrado fica tensionado a contrariar suas convicções e seguir o entendimento dispostos nas súmulas.

Nota-se ainda que, frequentemente, os magistrados que atuam em primeira instância deveriam ter a plena noção dos fatos e das provas, além de adotar a melhor decisão para o caso estudado. Contudo, a liberdade do juiz fica diluída diante das súmulas, de modo que o mesmo começa a tratar como regra as súmulas, mesmo, com exceção das vinculantes, não tendo que ser cumpridas.

Destarte, muitos tribunais, indiretamente, acabam estimulando que os magistrados obedeçam às próprias súmulas editadas pelo tribunal, ainda que sem caráter vinculante. Por exemplo, o Tribunal do Estado Rio de Janeiro ¹⁷ dispunha que um dos critérios a ser analisados pelos Desembargadores do Órgão Especial para decidir a promoção e remoção dos juízes era a qualidade das sentenças. Todavia, a qualidade das sentenças era medida em consonância com suas reformas de tal modo que se um juiz

¹⁷ Por meio da Resolução 16/2007, nos termos do art. 5º, inciso XX.

proferisse menos sentença reformadas teria uma qualidade superior àquele com mais sentenças reformadas¹⁸. Inconformados com o critério de progressão, juízes pertencentes à Associação Juízes para a Democracia entraram com um procedimento de controle administrativo no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) objetivando a nulidade do referido termo da resolução supracitada.

O Conselho Nacional de Justiça, em análise a nulidade invocada pela Associação Juízes para a Democracia, deu provimento ao requerimento, de modo a anular os termos do art. 5º, inciso XX da Resolução 16/2007. Segue fragmento do voto do relator Altino Pedroso, no qual expos como tal medida poderia se revelar como parte de um engessamento do judiciário:

Embora os parâmetros adotados sejam objetivamente aferíveis, não revelam efetivamente a qualidade da sentença.

O fato de o Tribunal manter, reformar total ou parcialmente, ou, ainda, anular uma sentença apenas demonstra, em regra, entendimento convergente ou dissonante da Corte com aquele de que se valeu o magistrado que proferiu a decisão.

Penso que a adoção de tais parâmetros na análise da qualidade da sentença privilegiará magistrados cujas decisões tiveram reforma em menor número, o que, nem sempre, terá o condão de conferir maior grau de certeza à sentença não reformada, quanto à justiça e sua conformidade com o Direito.

Além disso, pode ser que o magistrado de primeiro grau, que tem interesse na movimentação funcional, se veja compelido a seguir o entendimento adotado pelo Tribunal no caso concreto, o que, por conseguinte, viola a garantia do exercício da função com liberdade e o princípio do livre convencimento motivado [...].

(Processo Administrativo Nº: 0001799-30.2008.2.00.0000, disponível em

https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200810000017996&numrowsControle=-13&consulta=s&pg=0&txtcaptcha).

Mesmo com a nulidade do referido dispositivo, é certo que não houve o afastamento pleno da pressão que os magistrados sentem ao não ter uma sentença reformada. Desta forma, muitos magistrados optam por seguirem as jurisprudências majoritárias, ainda que as mesmas sejam contra lei e colidam com suas convicções sobre o caso a ser julgado.

¹⁸ ITO, Marina. MAIS DA METADE DAS SENTENÇAS É CONFIRMADA NO TJ. Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 2009.

Disponível em: <h [http://www.conjur.com.br/2009-jan-](http://www.conjur.com.br/2009-jan-18/60_decisoas_primeira_instancia_sao_confirmadas_tj-rj)

18/60_decisoas_primeira_instancia_sao_confirmadas_tj-rj> Acessado em: 01 de setembro de 2015.

A partir desta reflexão, chegamos à análise de um primeiro ponto negativo das súmulas: o engessamento do judiciário. A súmula muitas vezes irá mitigar ou até mesmo extirpar do magistrado a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção. Apesar de as súmulas ofereçam maior segurança jurídica ao nosso ordenamento jurídico, as mesmas retiram do julgador a sua independência de julgamento.

Logo, se faz necessário compreender o magistrado para além da função uniformizadora da jurisprudência na aplicação de normas, de modo a consolidar um papel de inovação do próprio direito. Usualmente, o dinamismo do mundo atual demanda novas regras e que, em virtude da morosidade do processo legislativo, deverá ser acompanhado pelo legislador. Isto é, uma vez que legislação não acompanha o prosaico do cotidiano, se faz necessário que essa leitura dinâmica seja construída pelo legislador. Com efeito, é necessário analisar em que medida as súmulas, com este poder de engessamento, estariam editando normas. Nesta perspectiva, as súmulas usurariam a prerrogativa dos legisladores de legislarem e, conseqüentemente, violariam o Princípio da Separação dos Poderes assegurado no art. 2º da Magna Carta ¹⁹.

No que concerne às súmulas vinculantes, tal situação é agravada. Segundo Neves (2006), o efeito vinculante oferece às súmulas uma força legislativa, construindo cerne a um argumento que alguns apontam ser uma afronta à função tripartida do Estado brasileiro. Nesse sentido, os ministros, que exercem a função jurisdicional, estariam legislando.

Outro ponto a ser observado sobre a súmula consiste na violação ao Princípio da Legalidade. Em nosso ordenamento pátrio, a fonte primária do direito é a lei, a qual será elaborada pelo Poder Legislativo. Inclusive, o princípio da legalidade é claro ao aduzir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5º, inciso II da Magna Carta.

Neste diapasão, em uma análise lógica do texto constitucional, podemos depreender que o indivíduo somente poderá ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo em virtude da lei. Portanto, o indivíduo, tecnicamente, somente será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo baseado em lei. Ao seguirmos esta lógica, o magistrado

¹⁹ De acordo com a Magna Carta, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam ser independentes e harmônicos.

que aplica a súmula como fundamento legal de sua sentença poderia, em última análise, afrontar o princípio da legalidade – eis que a súmula é mera construção jurisprudencial, não tendo um rito solene como as leis.

Por fim, cumpre destacar que não são raras as vezes em que as súmulas são destacadas por estarem contrariando a legislação vigente, sendo, desta forma, nomeadas de súmulas *contra legem*. Muitos juízes, ainda que compreendam pela ilegalidade da súmula, muitas vezes optam por seguir o entendimento jurisprudencial predominante, no intuito de evitar que sua sentença seja reformada. No que tange as súmulas *contra legem* podemos citar a título de ilustração a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a qual, em seu enunciado prevê que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Na visão de muitos doutrinadores, tal súmula contraria o disposto no art. 65 do Código Penal que, através de um rol taxativo, elenca circunstâncias que sempre atenuam a pena. Em consonância com a legislação, o magistrado deveria saber reduzir a pena do réu sempre que se deparasse com alguma circunstância atenuante. Contudo, a súmula 231 limita os efeitos do artigo 65, ao impor que a redução da pena não poderá ser abaixo do mínimo legal.

Sobre tal problemática aduz Rogério Grecco (2004):

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Essa, infelizmente, tem sido a posição de nossos autores, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. **Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal.** Pelo contrário. O mencionado artigo afirma categoricamente que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude de existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo? (GRECCO, 2004, p.611).

Não obstante, em que pese à doutrina afirmar que a referida súmula viola a legislação penal, é certo que muitos magistrados optam por seguir o entendimento

firmado no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que dão mais credibilidade à súmula do que a própria legislação. Em contrapartida, ainda que se queira, no curso de um processo, invocar a nulidade desta súmula, dificilmente, tal discursão terá êxito, eis que, as instâncias superiores muitas vezes irão se limitar a reproduzir o mesmo entendimento da súmula.

2.2 - Do incidente de uniformização de jurisprudência nos tribunais

O nosso ordenamento jurídico, como já estudado prevê a possibilidade de que tenhamos, em diferentes órgãos jurisdicionais, decisões dissonantes. É por meio do incidente de uniformização da jurisprudência que muitos tribunais se valem a fim de dar maior equilíbrio às decisões proferidas, de tal modo que fique firmado o entendimento majoritário do tribunal.

Assim, no que tange a possibilidade de um sistema mais coeso, o artigo 476 do Código de Processo Civil disciplina que o incidente de uniformização da jurisprudência poderá ser instaurado pelo juiz ou pela parte. Veja-se *in verbis*:

Art. 476. Compete ao juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, quando:

I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa do que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. (g.n.)

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentalmente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

(Artigo 476/ Código de Processo Civil)

Convém destacar que a suscitação do incidente de uniformização trata-se de uma faculdade do juiz²⁰, não devendo, assim, o ter obrigatoriedade em instalá-lo. Além disso, é preciso esclarecer que tal artigo traz consigo duas noções distintas de como instaurar o incidente de uniformização. A hipótese prevista no inciso I é quando a divergência acontece entre os próprios juízes votantes, ao passo que a divergência

²⁰ Incidente de uniformização: caráter facultativo, preventivo e não corretivo “[...] O incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 476 do CPC c/c arts. 118 e seguintes do RISTJ, além de ser uma faculdade do relator, possui caráter preventivo e não corretivo, devendo ser suscitado nas razões recursais ou em petição avulsa antes do julgamento do recurso, não sendo possível a sua arguição em sede de agravo regimental. [...]” (STJ – 3ª T. - AgRg no IUJur no AREsp 210.929/SP - Rel. Ministro Sidnei Beneti – J. em 28/05/2013).

prevista no inciso II refere-se aos acórdãos proferidos por Turma ou Câmaras. Não cabe a instauração do incidente de uniformização da jurisprudência quando a questão ainda está pendente de julgamento em tribunal²¹. Afinal, consoante o art. 479 do Código de Processo Civil o julgamento do incidente somente será realizado mediante o voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal.

No que tange ao juízo de admissibilidade do incidente de uniformização da jurisprudência destaca-se que o mesmo somente será cabível nas hipóteses em haja decisões recentes com entendimento diverso ao entendimento já firmado. Logo, o incidente somente ocorrerá na hipótese de divergência entre turmas julgadoras ou entre juízes; podendo o juiz ter a faculdade de admitir ou não o processamento do pedido de uniformização da jurisprudência. Neste sentido, tão logo seja requerido o incidente de uniformização, o órgão julgador competente pelo incidente deverá julgar a sua admissibilidade, verificando se, no caso em tela, existe divergência. No caso de admissibilidade, deverá ser lavrado acórdão acerca da questão, conforme dispõe o art. 477 do Código de Processo Civil. Veja-se *in verbis*:

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

(Artigo 477/ Código de Processo Civil)

Destaca-se que o acórdão não irá discutir o mérito da questão, e sim os elementos que indiquem divergência jurisprudencial. Desta forma, o acórdão lavrado trata-se de uma referência a ser utilizada para o julgamento, na qual explicita, através da matéria de direito julgada, pontos dissonantes com o entendimento de outros julgados. Com efeito, caso seja reconhecida a divergência, o Tribunal deverá, conforme prescreve o art. 478 do Código de Processo Civil, deliberar sobre a interpretação a ser dada sobre a questão. Veja-se *in verbis*:

²¹ “[...] O incidente de uniformização de jurisprudência visa unificar o entendimento do Tribunal sobre um determinado assunto. Observa-se que após suscitado o presente incidente, às fls. 408/410, o Juízo a quo informou que houve o pagamento das custas pela parte vencida na impugnação ao cumprimento de sentença, quando a mesma parte requereu também o arquivamento definitivo do feito, nos termos do artigo 269, II do Código de Processo Civil. Às fls. 416/419, o e. Relator do Agravo de Instrumento do qual é tirado a presente uniformização, determinou o prosseguimento do incidente. Pois bem, é pressuposto da uniformização de jurisprudência que haja um processo originário em curso, no bojo do qual foi o incidente suscitado. [...] No caso posto, verifica-se que o Agravante procedeu ao pagamento das custas, reconhecendo a procedência do pedido e requerendo a resolução do processo com julgamento de mérito, restando prejudicado o Agravo de Instrumento pela perda superveniente do objeto. Como não há processo em curso, não tem o presente incidente como ser admitido. [...]” (TJPR - Seção Cível - IUJ - 872479-0/01 - Londrina - Rel.: Lenice Bodstein - Un- ânime - - J. 22.03.2013)

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

(Artigo 478/ Código de Processo Civil)

O julgamento do incidente será dado mediante o voto da maioria absoluta dos membros pertencentes ao tribunal, do qual será objeto de súmula, que representará a uniformização da questão em direito. Veja-se *in verbis*:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

(Artigo 479/ Código de Processo Civil)

A súmula editada deverá ser aplicada aos autos que gerou incidente de uniformização jurisprudencial. Contudo, diferentemente de uma súmula vinculante, não deverá ter a sua incidência obrigatória para os demais casos. Assim, a súmula reflete um entendimento majoritário do tribunal, servindo como um norte importante a ser utilizado em futuras controvérsias de direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, quando a súmula foi instituída houve a intenção de dar unicidade às decisões jurisprudenciais dos órgãos de segundo grau. Porém, a unicidade não ocorre no âmbito do judiciário brasileiro, ou seja, não formamos uma jurisprudência coesa, de tal modo que as súmulas estão interligadas tão somente aos tribunais que a gerou.

Estudos realizados por alunos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) publicada no do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (Ibrajus) ²² revelam ainda que inexistem uniformidade entre os Tribunais quanto à edição de súmulas. Afinal, enquanto alguns tribunais sequer tem alguma súmula, outros possuem súmulas numerosas. Nesse sentido, a pesquisa referida conclui que:

I. Não há uniformidade entre os Tribunais quanto à edição de súmulas, pois, enquanto alguns se destacam pelo número e atualidade na sua criação, outros simplesmente não possuem uma sequer. Por exemplo, o Tribunal de Justiça da Bahia, apesar da importância econômica e

²²Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (Ibrajus). Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/pesquisas/pesquisa06.asp>. Acessado em 24 de setembro de 2015.

social do estado, não possui uma súmula sequer. Já o Tribunal de Justiça do Amapá, apesar de ser de menor tamanho, tem sua jurisprudência consolidada em 14 súmulas, o que é positivo. (<http://www.ibrajus.org.br/pesquisas/pesquisa06.asp>)

Além disso, o estudo, realizado no ano de 2013, já pontuava que o Rio de Janeiro era o tribunal que mais editava súmulas. Na ocasião da pesquisa (Ibrajus, 2013), os dados dispunham de 299 súmulas, e atualmente (2015), já são mais de 342 súmulas.

2.2.1 - Súmula do Tribunal do Rio de Janeiro

O Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro traz duas hipóteses nas quais poderá ser editada a súmula. A primeira hipótese revela-se a mesma daquela disciplinada pelo Código de Processo Civil estudada anteriormente. Veja-se *in verbis*:

Art.121 - Serão incluídas na Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal, por ordem cronológica, as ementas dos acórdãos que, nos incidentes de uniformização de jurisprudência e de divergência, corresponderem a interpretações vencedoras pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial;

Parágrafo único - O Presidente do Tribunal, de ofício ou, se for o caso, mediante comunicação do Presidente da Seção Julgadora, mandará publicar no órgão oficial as proposições incluídas na Súmula, com os respectivos números.

A segunda hipótese ocorre quando o Órgão Especial e o Centro de Estudos e Debates propõem a edição de súmula a fim de dar unicidade ao nosso ordenamento jurídico. Veja-se *in verbis*:

Art.122 - Poderá também ser incluída na Súmula, por iniciativa do Órgão Especial e do Centro de Estudos e Debates, a tese uniformemente adotada, na interpretação de norma jurídica, por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal;

§ 1º - O Desembargador que propuser a inclusão na Súmula justificá-la-á perante o órgão competente, tomando-se o voto de todos os membros presentes, na ordem decrescente de antiguidade, a partir do proponente.

§ 2º - Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver o voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão, procedendo-se em seguida na forma do artigo 121, parágrafo único.

§ 3º - As indicações de inclusão, revisão ou cancelamento em Súmula feitas pelo Centro de Estudos e Debates decorrerão de propostas aprovadas em encontros de Desembargadores com o patamar de 70% dos presentes e ratificadas pelo Órgão Especial.

Em relação a essa segunda hipótese, se coloca ainda uma questão preocupante, na medida em que inexistem precedentes, inclusive para saber as razões que motivaram a súmula a ser editada. Desta forma, o magistrado deverá se basear apenas nos termos abstratos do verbete sumulado. Por outro lado, caso a súmula fosse referente ao incidente de uniformização da jurisprudência, o jurisdicionado poderia, através das controvérsias, analisar o caso concreto, inclusive verificando se de fato sua situação está disposta no verbete sumulado.

Além disso, o Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro, no que tange às súmulas, traz uma hipótese que não está disciplinada pelo Código de Processo Civil. Afinal, a súmula, segundo a lei processual, é fruto do incidente de uniformização jurisprudencial e não existe a possibilidade da súmula ser incluída por iniciativa do Órgão Especial e do Centro de Estudos e Debates. Provavelmente, por inovar é que o Tribunal do Rio de Janeiro seja o estado da federação com maior quantidade de súmulas, eis que seu processo é muito célere do que àquele existente nos casos de incidentes de uniformização de jurisprudência.

2.3 - A súmula 70 do TJRJ em análise – *O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*

O Centro de Estudos e Debates (CEDES), com fulcro no art. 122 do Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro, propôs que fossem incluídos, como súmula, diversos enunciados criminais, dentre eles o objeto desse estudo: “*O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agente não desautoriza a condenação*”. Durante o 1º Encontro de Desembargadores do Tribunal do Rio de Janeiro²³ foi aprovado, por unanimidade, a súmula 70, a qual revela que o entendimento majoritário do Egrégio Tribunal do Rio de Janeiro permite que o réu seja preso com base apenas no depoimento policial.

O documento que aprovou a súmula chama atenção para a presente monografia pela precariedade de informação, afinal, inexistente um caso concreto. Assim como não há formas de identificar os estudos que motivaram o CEDES a propor a súmula como instrumento de coesão à jurisprudência, não é possível saber as discursões

²³ O 1º Encontro de Desembargadores do Tribunal do Rio de Janeiro ocorreu em Angra dos Reis em agosto de 2001.

que ocorreram entre desembargadores para determinar aprovação do verbete em súmula.

Outro ponto a ser destacado é que a súmula não se atenta às peculiaridades da prova policial e acaba por ser um instrumento de legitimação da valoração excessiva da autoridade policial. Note que o verbete não dispõe que a prova policial possa ser utilizada como meio de prova, porém afirma que a sentença condenatória poderá ser baseada apenas em depoimento policial.

Embora não fiquem claras as motivações da edição da súmula, uma hipótese se estrutura no presente estudo: a mesma possa ter sido editada na crença de o policial, por ser um servidor público e um agente da lei, não mentiria em juízo. No entanto, esta visão é frágil e dissonante com a realidade²⁴.

Portanto, observa-se que não foi pontuada a fragilidade do depoimento do policial, uma vez que se torna imprescindível considerar o contexto e intenções sociais, tomando como pauta as relações de poder, as estratégias de legitimação e sociabilidades durante e após a operação. Ao não considerar o cenário social em que as ações estão situadas e posicionadas, a prova se torna, assim, precária.

Adalberto Aranha (2004) analisa sobre a fragilidade probatória:

Ao depor, o policial também está dando conta de seu trabalho, do acerto da investigação realizada, da legitimidade dos atos praticados. Logo, se não tem um interesse direto na condenação do acusado, o tem em relação aos atos praticados, dando conta da legitimidade do trabalho investigatório realizado. Portanto, afirmamos: em primeiro lugar, não está impedido de depor, por não ser testemunha inidônea, nem suspeita; todavia, o valor de suas palavras é bem relativo, devendo necessariamente ser cotejado com outros elementos, pois ao depor está dando conta do trabalho realizado, tendo total interesse em demonstrar a legitimidade da investigação. Apoiamos nosso entendimento numa afirmativa feita pela Colenda 3a Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em v. Acórdão relatado pelo pranteado Juiz Chiaradia Netto: ‘Por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo está procurando legitimar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais depoimentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas

²⁴ De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha no ano de 2013, o Rio de Janeiro é o Estado que possui a corporação militar mais corrupta do Brasil, segundo seus estudos 7,2% da população admite que já foi extorquida por policiais militares. Disponível: http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf Acesso em: 02 de novembro de 2015.

estranhas aos quadros policiais' (ACrim 135.747). Concluindo: os policiais não são suspeitos e, como tais, não estão impedidos de depor; porém, como ao deporem estão dando conta da legitimidade do ato praticado, seus depoimentos devem ser recebidos com reservas. (ARANHA, 2004, p.169).

Por outro lado, destaca-se que a súmula peca por aduzir que o depoimento policial poderá ser utilizado para condenar o réu, ainda que seja o único meio de prova. Ora, não está em questão se a prova policial é válida, pelo contrário. O que está em questão é sobre a legitimidade de condenar um indivíduo apenas com o ato de fala: o testemunho de uma autoridade policial.

Neste diapasão, ressalta-se que nunca será possível saber a veracidade das alegações ditas por um policial em seu testemunho, ainda que em sede de audiência, em virtude do mesmo ter interesse em legitimar os seus atos que ocorreram durante a fase da investigação. Portanto, seria uma prova que, por si só, seria insuficiente para autorizar a condenação de um indivíduo, já que, no processo criminal, a condenação exigiria a certeza da prática delituosa, não devendo o magistrado basear-se tão somente em indícios ou probabilidade, sob pena de estar ferindo o princípio *favor rei*.

Não obstante, em que pese tal súmula, violar preceitos penais trata-se de um verbete que é utilizado com frequência pelos magistrados para motivar sentenças condenatórias meramente com depoimento policial. Em consulta à jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça foi verificado que, desde o período da sua edição até os dias atuais, a súmula 70 já foi referenciada em 4.927 (quatro mil novecentos e vinte sete) processos, na qual, a maioria das vezes, o magistrado faz referência da súmula para fundamentar sua sentença condenatória baseada unicamente no depoimento policial.

Assim, padece a dúvida: nestes processos, em que tal súmula foi utilizada, houve a prisão de um inocente, tendo em vista que sua prisão foi baseada apenas em um único depoimento de uma autoridade policial. Seguindo por esta linha de raciocínio, cabem ainda três principais focos de reflexão: (1) até que ponto esta súmula incentiva as autoridades policiais a não zelarem por uma prisão legal; (2) em que medida esta súmula desestimula as autoridades policiais a buscarem a inteligência da polícia no colhimento de provas complementares na complexidade da realidade; (3) quais as formas de superar essas estruturas de poder a ponto de silenciar as

arbitrariedade policiais. Afinal, ao valorar de forma exacerbada o depoimento policial e legitimá-lo por meio de súmula, tem-se como consequência o respaldo de policiais corruptos.

Assim, diante do exposto, com fulcro no § 3º, do art. 122 do Regimento Interno do Tribunal do Rio de Janeiro²⁵, é certo que tal súmula deve ser revogada. Uma vez que as provas apresentadas são hierarquizadas e o depoimento policial é valorizado em detrimento das demais, abre-se uma margem de possibilidades de julgamentos frágeis e, assim, um inocente pode ser encaminhado para detenção.

CAPÍTULO 3: (Des)naturalizando a polícia

3.1- A necessidade da ordem estatal

Thomas Hobbes (1588- 1679), filósofo inglês da Idade Média, reescreveu a frase do ilustre latino Plauto “o homem é o lobo do próprio homem” para traduzir que os homens em “estado de natureza” se opunham um contra os outros, determinando a lei do mais forte. A sua filosofia trata-se de uma teoria, mas pode ser empregada para explicar os tempos mais primitivos de nossa história, sobretudo no período do Código de Hamurabi²⁶, referenciado pela regra que dispõe do “olho por olho, dente por dente.”

Com o passar dos séculos e posteriormente a construção dos Estados, os homens abriram mão do uso da violência privada para conviverem em sociedade, objetivando um bem comum. Na filosofia, Jean Jaques Rousseau (1712-1778) teoriza que há um pacto entre os indivíduos para constituir o Estado, delegando e abdicando de sua própria autoridade em nome da autoridade única do soberano. O contrato social, escrito por Rousseau, marca a transição do homem que vivia em estado de natureza para o estado civil, constituindo a ponte entre o estado de barbárie para o de civilização.

Jean Jaques Rousseau explicita sobre o contrato social que:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto

²⁵ Art. 122, § 3º - As indicações de inclusão, revisão ou cancelamento em súmulas feitas pelo Centro de Estudos e Debates decorrerão de propostas aprovadas em encontros de Desembargadores com o patamar de 70% dos presentes e ratificadas pelo Órgão Especial.

²⁶ O Código de Hamurabi foi um conjunto de leis editadas pelo rei Hamurabi aproximadamente em 1700 a.c. para reger a antiga Mesopotâmia. Muitos historiadores e pesquisadores apontam o código como a primeira vez que o homem se valia de leis escritas.

jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou. Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros.(...) ROSSEAU. Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva.

Disponível: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>
acesso em 07 de setembro de 2015.)

Por meio destas duas teorias é possível depreender que os indivíduos abriram mão de seu arbítrio pessoal pleno para conviver em sociedade e buscavam a segurança que o Estado podia lhe ofertar. Os Estados passam a deter o monopólio da violência enquanto os indivíduos deveriam abdicar da força coercitiva por meio da autotutela.

O sociólogo alemão Marx Weber (1864-1920) explicita que um dos elementos cruciais para a definição do Estado é o monopólio da violência:

‘(...) Se não existissem instituições sociais que conhecessem o uso da violência, então o conceito de "Estado" seria eliminado, e surgiria uma situação que poderíamos designar como "anarquia", no sentido específico da palavra. É claro que a força não é, certamente, o meio normal, nem o único, do Estado - ninguém o afirma - mas um meio específico ao Estado. Hoje, as relações entre o Estado e a violência são especialmente íntimas. No passado, as instituições mais variadas - a partir do clã conheceram o uso da força física como perfeitamente normal. Hoje, porém, temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo a força física dentro de um determinado território.(...). (WEBER, 2002, p. 98)

Nesse contexto, a polícia representa uma das formas em que o Estado poderá demonstrar o uso de sua força. A própria noção sobre polícia confunde com a etimologia de sua palavra, uma vez que o termo “polícia” que vêm do grego *politeia* e do latim *politia* quer dizer algo pertencente “a um governo” ou “a uma cidade”. Em síntese, a polícia representa uma instituição que é inerente ao próprio Estado.

À respeito do conceito de polícia, o professor de Direito Administrativo na Academia de Polícia Militar do Barro Branco e também desembargador Álvaro Lazzarini no âmbito do direito administrativo, define como sendo:

O conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais. (LAZZARINI, 1987,p.20.)

Destarte, credita-se a Honoré de Balzac (1799 – 1850)²⁷ como responsável por afirmar que “os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna”. A frase utilizada em tom extremado traduz a noção de que o Estado é inseparável da noção de polícia e o poder de polícia²⁸, pois a polícia é responsável por zelar pela ordem social.

Por derradeiro, cabe destacar que a polícia existente em um Estado Democrático de Direito deverá atuar sempre observando o princípio da legalidade. Sendo assim, o policial para repreender alguém deverá ter seus atos calcados na legalidade, inclusive se a pessoa estiver ferindo à ordem pública.

A Constituição do Brasil positivou as atribuições de cada órgão policial, no qual delimitou suas funções e competências devido à importância que os agentes policiais exercem ao zelar pela ordem pública. Neste sentido, estabeleceu no Título V - que versa da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas - no capítulo intitulado “Da Segurança Pública” as seguintes funções para os órgãos policiais:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Assim, em consonância ao texto constitucional, observamos que as polícias no Brasil são instituições que integram o Estado e foram previstas na Magna Carta para zelarem pela ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos descritos acima.

3.2 – Histórico das polícias militares no Brasil

O território brasileiro ao ser “descoberto” pelos portugueses em 1500 foi dividido em capitanias hereditárias, as quais cedidas pelo Rei de Portugal para os

²⁷ LAZZARINI, Álvaro. **A ordem Constitucional de 1988 e a Ordem Pública**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176052/000472191.pdf?sequence=3>> Acesso em 27 de outubro de 2015.

²⁸ De acordo com Diogo Moreira Neto (2003,p.46) o poder de polícia é :“A primeira expressão administrativa. Tendo surgido com o Estado de Polícia, manifestou-se logo no campo da segurança pública, para evoluindo, passar a disciplinar relação em quase todos os campos de exercício de direitos individuais, sempre que possam comprometer o interesse coletivo. Agindo como poder de Polícia, a administração limita o exercício das faculdades e direitos individuais, visando assegurar um nível aceitável de convivência social.”

capitães donatários que tinham a incumbência de explorar as terras. As capitânicas hereditárias foram o instrumento utilizado pela coroa no sentido de delegar a tarefa de colonização para capitães-donatários, justificado pelos poucos recursos e o interesse com a exploração do Brasil na época.

Assim, José Lauri de Bueno Jesus (2009) pontua que:

A ideia de polícia no Brasil, nasceu em 1530, quando D. João III resolveu adotar o sistema de capitânicas hereditárias, tendo outorgado a Martin Afonso de Souza uma carta régia para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço de ordem pública, como melhor entendesse, nas terras que conquistasse". (JESUS, 2009, p.96)

Neste período histórico, o modelo de polícia era muito arcaico, o domínio das terras e o instrumento da violência foram exercidos pelos capitães donatários, não havendo delimitações quanto aos atos praticados por aqueles que deveriam zelar pela ordem pública. Além disso, por inexistir inquérito policial naquele período, muitas vezes a atividade judiciária era confundida com as funções da polícia, não ficando clara a distinção entre investigação e processo.

A capitania hereditária, por outro lado, não visava somente à exploração do solo brasileiro com a construção de benfeitorias, mas também servia para proteger o território de possíveis ameaças de ocupação. Os capitães donatários também tinham a incumbência de projetar forças de defesa que deveriam proteger a propriedade contra ataques de colonizadores estrangeiros.

Ocorre que tal modelo era muito primitivo, além de limitado na medida em que não existia uma polícia integrada que visasse a assegurar a segurança pública do território brasileiro como um todo. Com o aumento de riquezas circulando no Brasil, em virtude das explorações das colônias, havia a necessidade de zelar pela segurança do território contra a cobiça de invasores (QUEIRÓZ, 2015).

Diante do quadro narrado acima, Portugal trouxe um modelo que repartia a polícia em 3 (três) linhas:

O aparato de segurança com o advento da instituição da colônia em substituição ao sistema de capitânicas hereditárias passa a ser composto basicamente por três forças:
Tropas de 1ª Linha ou Corpos Permanentes;
Tropas de 2ª Linha ou Corpos Auxiliares ou Milícias;
e Tropas de 3ª Linha ou Ordenanças. (PIETÁ, 1997, p. 16)

As tropas de 1ª linha foram compostas por homens do Exército pagos com soldo da própria Coroa de Portugal. A tropa tinha o dever de proteger toda área de extensão brasileira sob o controle das ordens diretas dos prepostos portugueses no Governo Geral do Brasil.

As tropas de 2ª e 3ª linha exerciam funções de polícia administrativa, complementando o trabalho exercido pelas tropas de 1ª linha. Porém, sem o comando direto dos prepostos portugueses no Governo Geral do Brasil. A respeito destas duas tropas a historiadora Elizabeth Cancelli (1991) aduz que:

No período colonial, não havia um corpo de polícia regular. Para o policiamento, grupos de vinte moradores, com o nome de quadrilha, ordenados por juízes e vereadores, podiam durante três anos prender malfeitores, vadios, indivíduos de má fama e os estrangeiros. Deviam agir de forma preventiva contra os prostíbulos, casas de jogos, receptores de objetos roubados alcoviteiras e feiticeiras . (CANCELLI, 1991, p. 31)

Este modelo de policiamento foi superado no século XVII. A chegada da corte portuguesa no Brasil e o descobrimento do ouro nas regiões de Minas Gerais demonstrou a incompatibilidade daquele modelo com as novas necessidades daquele contexto histórico. Afinal, o modelo de polícia existente na colônia era ineficiente para suportar as novas demandas que surgiam no país, sobretudo porque a polícia não possuía um corpo regular (CANCELLI, 1991).

Muitos historiadores partilham do entendimento de que a vinda da Família Real para o Brasil foi o motivo da institucionalização da polícia²⁹. Desta forma, apenas em 13 de maio de 1809, por meio do ato de D. João VI, foi instituída na cidade do Rio de Janeiro a “Divisão Militar da Guarda Real de Polícia”, portando a finalidade de garantir a segurança das ruas em que a Corte estava instalada e ainda combater o crime de contrabando e descaminho das mercadorias exploradas em solo brasileiro. Em alusão a este período histórico, Holloway descreve que:

No ano seguinte, em 13 de maio de 1809, D. João VI decretou a criação de uma força policial de tempo integral, organizada militarmente e com ampla autoridade para manter a ordem e perseguir criminosos. Era a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, subordinada ao Intendente de Polícia que ocupava o cargo de desembargador. A missão de patrulhar em tempo integral tornava-a

²⁹ De acordo com José Jesus Bueno (2009, p. 97) sobre este tema “A primeira notícia que se tem sobre a estruturação da Polícia no Brasil, é datada de 05.04.1808, quando D. João VI e a família real já estavam instalados no país. Nesta data foi criada a Intendência Geral de Polícia e do Estado do Brasil, cuja missão eram as questões policiais”.

mais eficiente do que o antigo sistema de vigilância esporádica por guardas civis. Seus oficiais e soldados provinham das fileiras do Exército Regular. (HOLLOWAY, p. 46)

Verifica-se que a partir da criação da “Divisão Militar da Guarda Real de Polícia” instala-se pela primeira vez um modelo de polícia com atributos próprios, independentes e mais eficazes que o modelo colonial. Entretanto, o novo modelo não acabou com as tropas de 2ª e 3ª linhas, ou seja, as guardas existiam de forma paralela e complementares a atuação das outras policiais existentes no Brasil.

Posteriormente, em 16 de dezembro de 2015, o Brasil é elevado à qualidade de Reino Unido. Observa-se que embora o Brasil não tenha se tornado um país independente de Portugal, à elevação do Brasil para Reino Unido significava que o país começava ter condição de igualdade com a antiga metrópole. Esta medida foi crucial para a proclamação da independência em 15 de setembro de 1822 com D. Pedro promovendo a separação de Portugal.

Contudo, a independência do Brasil trouxe um problema para a questão da segurança pública. A Constituição do Império de 1824 sequer fazia qualquer menção de como o Brasil trataria a questão de segurança pública (MARCINEIRO, 2005). A primeira lei a tratar da segurança pública foi a Lei Imperial de 1º de outubro de 1828³⁰, explicitando nos termos do art. 66³¹ o exercício do poder de polícia.

Em 1831, D. Pedro I viu a necessidade de abdicar do seu trono em nome de seu filho Pedro Alcântara. Ao mesmo tempo em que não queria perder o trono de Portugal, também não queria perder o domínio das terras brasileiras. Porém, considerando que seu filho ainda não era maior de idade, a Constituição previu a formação de uma Regência trina provisória, em caráter interino, para o exercício das funções que deveriam ser desempenhadas pelo poder executivo.

Este período foi considerado muito instável. No país havia uma série de movimentos revolucionários impondo-se contra o governo destes Regentes. A fim de evitar a derrocada do governo, a Regência em julho de 1831 nomeou o Padre Diogo Antonio Feijó como Ministro da Justiça, determinando a extinção das rebeliões existentes no país. Ao tomar posse, Padre Feijó extinguiu a Guarda Real de Polícia por

³⁰ Lei de 1º de Outubro de 1828. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm. Acesso em 31 de outubro de 2015.

³¹ Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes(...)

insubordinação e ao mesmo tempo instituiu por decreto³² as Guardas Nacional e Municipal. Sobre as atitudes tomadas pelo Ministro da Justiça, Nazareno Marcineiro explica que:

Em 1831, durante a regência do Padre Diogo Antonio Feijó, os governos provinciais são conclamados a extinguir todos os corpos policiais então existentes, criando, para substituí-los, um único corpo de guardas municipais voluntários por província. São criados então os Corpos de Guardas Municipais Voluntários, por meio de Lei Regencial. Estes Corpos de Guardas se constituíram no embrião das Polícias Militares em quase todos os Estados da Federação. (MARCINEIRO, 2005, p.21)

O aparato bélico das Guardas Municipais e Nacional se assemelhava ao exército, pois possuíam também infantaria e seus homens eram divididos hierarquicamente entre oficiais e praças, assemelhando o exército. Elas zelavam pela ordem pública quando protegiam os membros da aristocracia escravocrata.

Em 1864, a Guarda Nacional teve grande relevância para o cenário brasileiro. Os seus soldados foram convocados para participar da Guerra do Paraguai e com isso a Guarda passou a ter um caráter não somente de zelar pela ordem interna no Brasil, mas também de zelar pelas relações internacionais do país.

Por derradeiro, independente do período histórico, seja na estrutura de Guarda Nacional ou Guarda Real, os policiais não somente atendiam ao interesse de zelar pela ordem pública, pois na verdade também zelavam pelo direito e o poder das elites brasileiras. Por exemplo, tinham responsabilidade de repreender escravos que tentavam se evadir. Nesse sentido, a historiadora Emilia Costa afirma que:

A polícia das cidades, em obediência a dispositivos legais, agia no sentido de prender qualquer escravo ou negro que andasse sem documento onde se provasse o seu direito à livre circulação. A menor suspeita, o negro era encarcerado (...)As violências cometidas pelos senhores continuavam a encontrar, em certos casos, o apoio da polícia. A polícia e a justiça não impediam as arbitrariedades dos Senhores; seus membros recrutados entre as categorias dominantes ou à sua clientela, colaboravam para a manutenção do regime (COSTA, 1989, p. 317)

³² A Lei de 10 de outubro de 1831 “Art. 1º - O Governo fica autorizado para crear nesta cidade um Corpo de Guardas Municipaes voluntários a pé e a cavallo, para manter a tranquilidade pública, e auxiliar a justiça, com vencimentos estipulados, não excedendo o número de seiscentos e quarenta pessoas, e a despesa anual a cento e oitenta contos de réis. Art. 2º - Ficam igualmente autorizados os Presidentes em Conselhos para crearem iguaes corpos, quando assim julguem necessário, marcando o número de praças proporcionado”.

Com o término do Império e a promulgação da República, o Congresso passou a ter a prerrogativa de mobilizar e utilizar a guarda nacional ou milícia cívica nos casos em que fosse necessário zelar pela ordem pública, conforme art. 34, inciso XX da Constituição Federal de 1891. Além disso, as estruturas de segurança pública sofreram alteração por meio da lei 947 de 29.12.1902, determinando a divisão e atuação da polícia civil e militar (JESUS, 2009).

No período compreendido entre 1889 a 1932, a polícia brasileira atuou principalmente na repressão de rebeliões internas no Brasil. Essa instituição serviu como instrumento de repressão ao movimento de Canudos no interior da Bahia, nas revoltas da Armada e da Chibata no Rio de Janeiro e na Revolução Gaúcha Federalista.

Vamos destacar alguns pontos importantes a serem analisados sobre a estruturação da polícia neste contexto. As missões militares, durante o período republicano, desempenharam a função de consolidar o pensamento bélico das instituições militares. Neste período histórico foi necessário reprimir diversos movimentos separatistas e trazer uma suposta ordem ao nosso país. Em 1906, com a função de estimular o amor à pátria e a ordem nacional, foi instituído o serviço militar obrigatório pelo marechal Hermes da Fonseca, desenvolvendo assim: a cultura do nacionalismo.

Durante os governos de Getúlio Vargas, as polícias continuaram desempenhando o papel de defesa do Estado. Entretanto, durante o período compreendido por Estado Novo (1937-1945), a polícia começou a desenvolver um aparato de inteligência para entrar nas células de grupos insurgentes contra o governo. Trata-se da polícia política, diferentemente da polícia tradicional não visava o combate a criminosos, mas a repressão aos opositores ao governo. A respeito desta polícia aduz o Thiago Pacheco que:

A estrutura de funcionamento e operação da Polícia Política apresentou um sistema padronizado durante o Estado Novo, dividindo-se em seis células chamadas, nos relatórios, de Secções. São elas: a Secção Política (classificada como S-1), responsável por crimes relacionados à segurança política e também pela vigilância sobre a Ação Integralista Brasileira, a Secção Social (classificada como S-2), que reprimia panfletos, propagandas, sindicatos e movimentos de esquerda, a Secção de Armas e Explosivos (classificada como S-3), responsável pela logística da Polícia Política, pelo seu treinamento com armas de fogo e pela fiscalização de armamentos, explosivos e materiais químicos inflamáveis, a Secção de Arquivo (classificada como S-4), onde estavam armazenadas e organizadas as informações

produzidas por este órgão, o Serviço Reservado (classificado como S.R.), que efetuava a infiltração de agentes e serviços de campanha e observação secreta, e o Serviço de Ronda, responsável pelo patrulhamento a pé ou a carro por policiais a paisana, em rotas específicas da capital federal. Somados a esta estrutura, existem os Agentes Secretos especialmente posicionados para fornecer informações sobre os grupos e indivíduos suspeitos, e o Serviço Secreto de Informações, chamado S.S.I., constituído na verdade de um enorme arquivo de fichas e prontuários acerca das atividades políticas de indivíduos suspeitos. (PACHECO, Thiago da Silva. **AS DUAS FACES DA REPRESSÃO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DA POLÍCIA POLÍTICA DURANTE O ESTADO NOVO (1937-1945) E DURANTE A DITADURA MILITAR (1964-1983)**. Disponível em: http://www.hcomparada.historia.ufrj.br/revistahc/artigos/volume004/Num001_artigo006.pdf Acesso em 30 de outubro de 2015.)

Findo o período do Estado Novo, a população manifestou o desejo por um sistema político e jurídico que promovessem a liberdade e não a censura e a repressão. Em 1946 foi editada a nova Constituição, trazendo noções e valores de uma sociedade mais democrática. Neste período, é que se constrói a noção de que a Polícia Militar dos Estados deveriam assegurar a segurança interna e a manutenção da ordem (SOUZA, 1986).

Em 1964 foi instituído novamente um novo modelo ditatorial, porém mais perverso do que o existente na Era Vargas. A ideologia anti-comunismo criou a noção de que todos eram suspeitos em potencial e, conseqüentemente, o Estado poderia até restringir determinados direitos da população civil com a suposta alegação de que estariam resguardando a população.

O Governo Militar instituiu diversos Atos Institucionais que respaldavam legalmente a repressão ideológica exercida por policiais militares que estariam no poder. Neste período também foi instituído o Departamento de Operações e Informações de Defesa Interna (DOI-CODI), órgão responsável por controlar e reprimir movimentos com viés de esquerda.

A insatisfação popular com o governo ditatorial aumentou no final da década de 1970 após a euforia do milagre econômico. Na década de 1980, há um esvaziamento do poderio militar, sinalizando uma fase de transição para a democracia brasileira. Com efeito, a abertura política do Brasil assegura por meio da Constituição de 1988 o respeito à dignidade humana e à vida, de tal modo que o Estado somente poderá agir contra o indivíduo assegurando o devido processo legal.

Por derradeiro, há também um *modus operandi* quanto à atuação da polícia. O indivíduo não pode ser punido de forma discricionária apenas por seus ideários políticos. Além disso, as competências e atribuições de cada setor da polícia foram estabelecidas na lei.

Por fim, após esta análise sintética das instituições policiais no país, observamos que a polícia foi durante muito tempo um instrumento utilizado para assegurar o poderio econômico das elites. Seja na colônia, no império ou ainda na república, a polícia geralmente esteve voltada para repreender àqueles que violassem o direito das elites. Nesse sentido, aduz o antropólogo Roberto Kant de Lima:

A estes problemas acresce o caráter “real” da polícia, tanto militar como civil, no Brasil e no Rio de Janeiro: desde D. João VI, cuja coroa enfeita o brasão de nossa PMERJ, até o *ethos* repressivo que permeia nossa Polícia Civil, está, sempre, a polícia, a serviço do Rei, do Estado, para conciliar forçadamente ou para reprimir conflitos e não para resolvê-los, garantindo a ordem estatal pública e, não, negociando e disciplinando, preventivamente, a ordem dos cidadãos. (KANT DE LIMA, 1997, p. 182)

Não obstante, este mesmo passado legitima que os policiais sofram com o julgamento de serem autoritários e servir o interesse de uma elite. Por outro lado, o papel do policial disposto na Magna Carta, tecnicamente, destoa da atuação policial em outros períodos históricos. Afinal, o policial deverá somente repreender aquilo que for crime e não reprimir cidadãos com base em estereótipos ou estigmas.

3.3 - A naturalização da verdade policial

Com os basilares de uma sociedade democrática, a Constituição da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 144³³, delimitou a atuação dos policiais: polícia federal, rodoviária federal, ferroviária federal, policiais civis, policiais militares e corpos de bombeiros militares. Os policiais são agentes públicos submetidos ao regime jurídico próprio da administração pública (PINTO, 2012). Logo, todas as suas atribuições são definidas por lei, isto é, os policiais somente podem agir em consonância com o que foi assegurado na Magna Carta.

³³ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Neste mesmo sentido, é possível compreender a natureza e o âmbito da atuação de cada órgão que integra as polícias. A polícia civil, por exemplo, não atua na função de polícia judiciária buscando apurar infrações penais por uma mera vontade dos governantes. Afinal, o limite da atuação dos policiais civis está previsto no art. 144, §4º da Constituição Federal. Idêntico raciocínio deve ser aplicado aos policiais militares, conforme prescreve o art. 144, §5º, cabendo aos policiais militares exercerem o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Em consonância com os preceitos de direito administrativo e o regime jurídico próprio dos servidores militares, verificamos que todos os atos dos policiais estão revestidos pelo manto da legalidade. Logo, supostamente, inexistiria qualquer excesso ou até mesmo ilegalidade cometida por um policial. Pois, em última análise, o policial somente atuaria em decorrência da lei.

Outro aspecto a ser analisado é de que os atos praticados por policiais tem presunção de veracidade (*juris tantum*). Ou seja, os atos são presumidamente verdadeiros até que se prove o contrário.

Neste ínterim, a jurisprudência do STF por muitas vezes refletirá em seus julgados o policial conforme definido na legislação. Classificando-o como um servidor público que atua dentro do âmbito da legalidade e por não possuir o interesse de mentir, assim, os seus atos seriam presumidamente verdadeiros e legítimos. Senão vejamos:

Valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório – **reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal.** O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que suas declarações não encontram, suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC 76.608-0 – STF – DJU 11.04.97 - **Grifos Nossos**)

**

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim do: “PENAL. TRÁFICO DE DROGA. RÉU PRESO EM FLAGRANTE POR POLICIAIS ACAMPANADOS QUE O AVISTARAM FORNECENDO DROGA NA VIA PÚBLICA E RECEBENDO A PAGA CORRESPONDENTE. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRÍTICA OCA DA DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA.SENTENÇA CONFIRMADA. 1.

Réu condenado por infringir o artigo 33 da Lei 11.343/06, depois de ter sido preso em flagrante tendo consigo cerca de nove gramas de cocaína. Denúncia anônima de tráfico no local motivou a campana realizada por agentes de polícia que viram o réu no afã de vender drogas, sendo realizada abordagem e apreendida as porções de droga junto com dinheiro miúdo. 2. A mercancia ilícita é comprovada quando há depoimentos de policiais, cujas palavras usufruem a presunção de veracidade e idoneidade ínsita aos atos administrativos em geral, máxime quando se apresentam lógicas, consistentes e estejam amparada por outros elementos de convicção. (...) Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados. Eis a ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RÉU CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO DO ACÓRDÃO NA ANÁLISE DOS DEPOIMENTOS E DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMADO. [...] 2. **A condenação foi fundada nos depoimentos dos policiais condutores do flagrante e as possíveis contradições sobre aspectos secundários dos fatos não são capazes de alterar a essência das declarações.** 3(...). A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido: “A materialidade e a autoria estão amplamente demonstradas, pois, nada obstante a negativa do réu em Juízo, **os depoimentos dos policiais condutores do flagrante, harmônicos e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não deixam dúvidas da mercancia ilícita.** Havia a suspeita de que o réu estivesse vendendo drogas na Vila São José, perto de alguns bares, conforme os informes anônimos que motivaram a diligência policial, os quais atribuíam o crime a alguém com as características físicas do réu, informando, inclusive, o nome e o apelido. Por isso, policiais realizaram campana e o avistaram no afã de entregar droga a usuário, recebendo dinheiro em troca, o que ensejou a abordagem, sendo em seu poder apreendidos dezoito pacotes de cocaína. (...) **Cabe acrescentar que o depoimento de policiais, como agentes públicos, usufrui a presunção de legitimidade e idoneidade inerente aos atos administrativos em geral e são aptos a justificar a condenação por tráfico de drogas, máxime quando se apresenta lógico, consistente e amparado por outros elementos de convicção, tais como a apreensão do objeto material do crime.** Destaca-se que a defesa não se desincumbiu de provar em contrário, na forma do artigo 156 do Código de Processo Penal” (eDOC 3, p. 58-59). (...). (STF - ARE: 788294 DF , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/05/2014, Data de Publicação: DJE-098 DIVULG 22/05/2014 PUBLIC 23/05/2014) – GRIFOS NOSSOS

**

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim do: “TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PALAVRA DO POLICIAL. VALOR. CONDENAÇÕES MANTIDAS. **Em termos de prova convincente, os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências preponderam sobre a do réu.** Esta preponderância resulta da lógica e da razão, pois não se imagina que, sendo uma pessoa séria e idônea, e sem qualquer animosidade específica contra o agente, vá a juízo e mentir, acusando um inocente. Deve-se examinar a declaração pelos elementos que contém, confrontando-o com as outras provas ou

indícios obtidos na instrução e discute-se a pessoa do depoente. Se a prova sobrevive depois desta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. Foi o que ocorreu na hipótese em julgamento. **Os policiais informaram, em depoimentos convincentes, sobre a posse do entorpecente com as pessoas dos recorrentes e que, pelas circunstâncias apuradas na prova, a droga era destinada ao comércio.** (...) (STF - ARE: 833284 RS , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/09/2014, Data de Publicação: DJe-189 DIVULG 26/09/2014 PUBLIC 29/09/2014 - **Grifos Nossos**)

Data venia, apesar dos entendimentos sinalizados pelos ministros do STF, nos parece polêmico os rumos que a jurisprudência tem escolhido acerca da valoração do depoimento policial. Com efeito, se é certo que os atos dos servidores públicos possuam presunção *juris tantum* de legitimidade e veracidade, também é correto afirmar que a presunção é relativa. Sendo assim, não é possível aferir se o ato é totalmente legal ou ilegal, justamente pela presunção ser relativa.

Insta esclarecer que, no âmbito do direito administrativo, o cidadão que se sentir lesado por um ato ilegal deve comprovar as razões pelas quais o ato deve ser nulo, explicitando a ilegalidade do ato jurídico (CARVALHO FILHO, 2012). Contudo, tal procedimento não nos parece compatível com o sistema processual penal.

Por este viés, a presunção seria incompatível com o sistema de provas no âmbito penal no Brasil. Isto porque se transferimos ao réu a responsabilidade de provar sua inocência, estaríamos violando o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CRFB), pois, inicialmente não caberia ao réu afastar a presunção de inocência e veracidade dos atos exercidos por um policial. Além disso, se a presunção não é absoluta, é porque pairam dúvidas quanto a legalidade do ato.

O réu é inocente até que se prove o contrário. Ademais, não incumbe ao réu provar sua inocência, já que a carga da prova está nas mãos do acusador (LOPES JÚNIOR, 2014). À luz destas discursões é preciso refletir se seria possível o réu comprovar sua inocência, afastando a fé pública dos policiais. Isto porque se trata de uma prova quase que impossível de ser produzida pela defesa. Por isto não caberia ao réu afastar a presunção de veracidade e legalidades do ato do agente público que o prendeu, caso contrário estaríamos invertendo o ônus da prova para o réu.

Por outro lado, isto não significa dizer que há sempre excessos nos atos exercidos por policiais. Pelo contrário, talvez os policiais atuem dentro da legalidade na maioria das vezes.. Inclusive é submetido a pressões da própria corporação quando as

provas colhidas ou sua confissão é afastada por violação de algum preceito processual.

Nesta perspectiva, Kant de Lima sinaliza:

Mais dramática, no entanto, é a situação da polícia: encarregada de descobrir a verdade além de qualquer dúvida, expressa na confissão, vê suas descobertas, validadas pela forma da inquirição a que está submetida, serem derrubadas quando submetidas, posteriormente, aos critérios do processo judicial, ou do júri. Situada no lugar mais inferior deste sistema hierárquico, sua verdade também é a que menos vale. Entretanto, não se deve esquecer que é ela que se defronta, no dia a dia, com a população, impregnando-a e por ela sendo impregnada com seus critérios de justiça e de verdade, ao mesmo tempo em que assume, cada vez mais, sua degradação institucional. (KANT DE LIMA, 1997, p. 182)

Não obstante, há uma construção no imaginário das pessoas de que o policial é “bom” e está para “proteger e servir” como apresentado no lema da instituição. A respeito da construção do bom policial, o professor de criminologia da London School of Economics, Robert Reiner, explica que:

O mito da indispensabilidade da polícia, de sua missão essencial de “proteger e servir,” é de importância fundamental para a visão de mundo da polícia. Até mesmo grande parte dos delitos da polícia tem sido atribuída a discutíveis buscas equivocadas de uma “causa nobre”, o dilema de “Dirty Harry” de chegar a fins essenciais usando os meios escusos. (REINER, 2004, p. 137)

Esse mito do “bom” policial determina naturalizações no que diz respeito as suas intenções, isto é, parte do pressuposto que a fé pública do policial é praticamente incontestável, resultando em um processo de legitimação discursiva que envolve desde amplos setores do Estado até as pequenas escalas da sociedade. Essa legitimação discursiva é fruto de um poder que produz saberes e naturaliza as “verdades” institucionais como a polícia (FOUCAULT, 2008).

O filósofo francês Michel Foucault articula os saberes com o extra-discursivo, seja instituições como o hospital, a família e a escola, seja, em um nível mais global, a transformações político-sociais. Utilizando o poder como instrumento de análise capaz de explicar a produção de saberes. Aquilo que poderíamos chamar de condições de possibilidades políticas de saberes específicos, como a medicina ou a psiquiatria, podem ser encontradas, não por uma relação direta com o Estado, considerado com um aparelho central e exclusivo de poder, mas por uma articulação com poderes locais, específicos, circunscritos a uma pequena área de atuação, que Foucault analisava em termos de instituição. O que aparece como evidente é a

existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive a sua sustentação e atuação eficaz, sobre isso o filósofo explicita:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 2008:12)

3.4 - Desnaturalização de fatos: um relato de experiência de uma Vara Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

De janeiro de 2012 até março de 2013 tivemos a oportunidade de estagiar na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - DPGE. Apesar de grandes ensinamentos vivenciados na instituição, seja em reflexões pessoais, seja com o aprofundamento das matérias jurídicas, percebemos que por vezes o trabalho na instituição é precarizado. Os defensores tem que se dividir em estar na sala de audiência, atender os familiares do réu e entrevistar o próprio réu para juntos elaborar teses defensivas.

O cenário pontuado acima ainda é um dos melhores. Pois, infelizmente, em diversos casos o defensor sequer consegue entrevistar o réu, pois o magistrado, muitas vezes, marca audiência no mesmo horário da entrevista. Sobre esta realidade vivenciada dentro da Defensoria Pública, Augusto Thompson aduz:

A grande massa de réus que a Polícia seleciona para chegar às barras dos tribunais constitui-se de gente miserável, incapaz de pagar honorários ainda ao mais modesto ou incipiente advogado. Com isso, a Clientela dos Defensores atinge montantes espantosos. Faça-lhe literalmente impossível dedicar cuidadosa atenção a cada um dos casos que são postos sob sua responsabilidade. Na maioria das vezes, nem sequer chegam a conversar com o constituinte, mesmo rapidamente. Daí, são levados a desenvolver um tipo de defesa meramente nominal, incapacitados de produzir qualquer prova em favor dos clientes. Nem isso, muitas vezes, conseguem realizar: os atos judiciais - interrogatórios, audiências de testemunhas, alegações orais e escritas - sucedem-se numa torrente insuportável, que não consegue ser acompanhada, mesmo em plano meramente formal, pelos massacrados defensores. Para resolver o problema, o jeito é apelar para os estagiários – estudantes de direito – no sentido de lhes cometer a maior parte das atividades na defesa dos réus pobres. Corriqueiramente, o defensor passa a exercer tão somente, uma

fiscalização sobre o trabalho dos estudantes, limitando-se a cancelá-los com sua assinatura em atas e defesas, com o que atende, formalmente, à exigência constitucional da "ampla defesa" garantida a todos os acusados. Em substância, porém, nada foi feito, uma vez que a ocasional boa vontade - ou até o entusiasmo e o talento de estudante - é insuficiente para permitir o desenvolvimento de defesa eficaz. Triste verdade que afirmo com absoluta segurança: a grande maioria dos réus pobres é julgada sem defesa, ou, o que dá no mesmo, com um mero simulacro de defesa. Por tudo isso, as prisões estão ocupadas, de 95% a 99%, por gente de camadas marginalizadas da sociedade. (THOMPSON, 2007, p. 94)

Durante o período do estágio, estávamos constantemente aflitos e com receios de que algum inocente fosse injustamente condenado. Afinal, depois de entrevistar os réus, sempre nos perguntávamos: “será que ele é inocente ou culpado?”.

Esta dúvida ficou conosco e nos incomoda até hoje. Talvez, esta dúvida fosse inclusive provocada pelo fato dos réus serem processados exclusivamente com base em depoimentos policiais. Na maioria dos processos verificávamos a seguinte dinâmica: de um lado o policial que atestava a culpabilidade do indivíduo e de outro lado o réu negando todas as suas versões.

A testemunha policial, em suma, era o único elemento probatório trazido pelo Ministério Público para basear o seu pedido de condenação. Não havia interceptação telefônica, gravação, fotos e até mesmo testemunhas civis que afirmassem que o réu tinha ligação com o crime narrado na denúncia.

Neste interim, ouvíamos dos réus a mesma versão “sou usuário, não sou traficante” ou então “o policial jogou a droga para cima de mim”. A repetição das histórias fazia que o rito processual perdesse a graça e, praticamente, prevíamos que ao término do processo o réu seria condenado.

Por outro lado, sempre fomos instruídos pelos defensores a questionar se havia alguém que comprovasse a veracidade de suas afirmações. Porém, neste instante nos deparávamos com outro problema: todas as testemunhas eram familiares, amigos ou conhecidos do réu. Em tese, isto não é um problema. Contudo, na prática, a verdade é que os magistrados sempre afastavam o depoimento destas pessoas, uma vez que não tinham o dever legal de falar a verdade.

Sem querer esgotar os infindáveis casos que presenciamos, citaremos três que nos marcaram com grandes dúvidas se a justiça teria condenado um inocente. Apresentaremos os indivíduos com nomes fictícios porque acreditamos que o objetivo desta monografia não se traduz na exposição pública da vida das pessoas.

3.4.1 - Caso 1: A dúvida pressupôs a culpa

A denúncia descrevia que: “No dia 22 de novembro de 2011, por volta de 06h, na Rua João Araújo, (...) os denunciados, (..) em perfeita comunhão de ações de desígnios entre si, traziam consigo e transportavam, sem autorização e em desacordo com as determinações legais ou regulamentares, a bordo da motocicleta placa IOW 3152/RJ, para fim de tráfico: 1) 1128g (mil cento e vinte e oito gramas) da droga Cannabis sativa L., distribuída em 747 (setecentos e quarenta e sete) pequenos sacos de plástico incolor, sendo 206 fechados por nó e 263 parcialmente envoltos por retalhos de papel de cor branca com a seguinte inscrição ‘5 PU CV RL’; 2) 21g (vinte e um gramas) da droga cocaína, sob a forma de material pulverulento de cor branca, distribuído em 57 (cinquenta e sete) pequenos frascos de plástico incolor, do tipo ‘eppendorf’, acondicionados em pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente envoltos por retalho de papel de cor azul exibindo a inscrição ‘MARADONA 5 PU CV RL’; 3) 150g (cento e cinquenta gramas) da droga cocaína, acondicionado sob a forma de material pulverulento de cor amarelada, compactado, popularmente denominado como ‘crack’, distribuídos em 501 (quinhentos e um) pequenos sacos de plástico incolor, parcialmente envoltos por retalho de papel amarelo exibindo a inscrição ‘RONALDINHO PU CV RL’.(...) De fato, naquela oportunidade, policiais civis realizavam uma operação na Comunidade do Parque União, quando avistaram os dois denunciados a bordo da motocicleta acima referida, sendo o denunciado **ELEMENTO 1** o condutor e o denunciado **ELEMENTO 2** sendo o carona.” (nomes fictícios nossos)

O Elemento 1, durante a entrevista que ocorreu antes da audiência, afirmou que havia sido preso equivocadamente. Segundo seu relato no dia da prisão, ele e mais dois amigos estavam na comunidade quando de repente começaram a ouvir barulho de tiros. Todos correram para o quintal de uma casa, em seguida, ouviram o barulho de uma moto e depois foram surpreendidos por policiais que alegaram encontra-los com porte de drogas.

Inicialmente ficamos surpreendidos com a riqueza de detalhes explorados pelo réu. Outro fato que chamou atenção é que a denúncia acusava apenas dois indivíduos, entretanto, na ocasião, os policiais prenderam mais um indivíduo, isto significa que haveria um terceiro elemento no local. Além disso, o Elemento 1 sabia precisar o nome completo do terceiro elemento que também buscou refúgio no quintal,

porém afirmava, por meio dos seus familiares, que o terceiro indivíduo resolveu não se apresentar com medo de sofrer represálias.

Em audiência ele repetiu as mesmas alegações que já tinha feito:

Que havia encontrado Elemento2 e Elemento3 na comunidade e de repente começou a ouvir tiros disparados por policiais; que uma moto passou pelo local e a pessoa que estava conduzindo a moto se evadiu; que o depoente, Elemento2 e Elemento3 se **esconderam numa casa vindo a serem abordados pelos policiais que acusaram o interrogando e os demais a participarem da “boca”**³⁴ (Grifos nossos)

Destaca-se ainda que um policial não percebeu quem era o piloto e o carona da motocicleta, averbando que a dinâmica dos fatos foi muito rápida e por isso não conseguiu saber quem estava na moto:

que o depoente pode observar o garupa soltar uma mochila e em seguida deixaram a motocicleta entrando numa residência; **que o depoente constatou no interior da mochila bastante quantidade de cocaína e maconha tendo verificado que a moto era produto de roubo; que nunca havia visto nenhum dos elementos antes da data dos fatos**; que os elementos foram detidos no interior da residência por seu colega POLICIAL2; **que nenhum dos elementos assumiu a propriedade da droga nem qualquer participação no tráfico**; que nada disseram sobre a moto; (...) que havia um morador na residência; **não viu quem estava na garupa ou conduzindo a moto pois que tudo ocorreu muito rápido tendo avistado os elementos há 60m de distância**; que nenhum deles usava capacete; que o fato ocorreu de manhã; que não houve perseguição a moto pois a mesma parou a frente da viatura.³⁵ (Grifos nossos)

O outro policial em seu depoimento disse apenas que viu dois jovens correndo e saindo de uma moto e se evadindo para dentro de uma casa. Contudo, ele não afirmava claramente que os viu. Por outro lado, sua declaração é confusa porque a única pessoa que ele se lembrava era justamente o Elemento 3, que teria sido liberado na delegacia por não ser traficante. Vejamos as suas declarações:

no dia narrado na denúncia estava em PTR na comunidade quando observou dois elementos numa motocicleta que de imediato abandonaram a mesma ao avistar os policiais tendo sido jogado ao chão uma mochila; que os elementos entraram numa residência onde foram abordados pelo depoente; que na residência havia o dono com a

³⁴ Processo 444500-98.2011.8.19.0001. fls.150.

³⁵ Processo 444500-98.2011.8.19.0001. Depoimento Policial1. Fls. 136.

esposa e uma criança e disseram não ter parentesco com os elementos que **quando avistou a moto observou um elemento que posteriormente soube chamar-se ELEMENTO 3 caminhando em direção a viatura o qual foi visto no quintal da residência em que os réus foram detidos;** que nada de ilícito foi encontrado em poder de ELEMENTO3; que foi verificado ser a moto produto de roubo e na mochila material entorpecente acondicionada; que a mochila estava a cerca de 15 a 20 m do local onde a moto foi largada; que a organização criminosa que domina a comunidade é o comando vermelho cujo chefe é o elemento que atende pela alcunha de Alvarenga, não tendo sido constatado se havia relação entre os elementos e tal pessoa.³⁶ (Grifo e nome fictício nosso)

As provas não estavam coesas e o relato do Elemento 1 colocava em cheque a legalidade da prisão. Contudo, os supostos traficantes foram condenados unicamente com base na prisão de policiais que não realizaram o reconhecimento de forma eficaz no dia da audiência. A defesa apelou mostrando brechas no processo, mas não obteve êxito, conforme demonstrado abaixo:

A defesa busca desqualificar o depoimento dos policiais, afirmando que os depoimentos são incoerentes, o que não se mostra de bom senso. **O relato do policial não deve ser desacreditado tão-somente pelo fato dele, no momento da prisão, estar atuando como agente da lei. Não seria lógico dar credibilidade ao agente policial para promover investigações, diligências e prisão em flagrante e, em seguida, desconsiderar ou negar crédito a seu testemunho em Juízo, sem nenhuma base concreta a justificar a referida contradição.**³⁷ (Grifos Nossos)

3.4.2 - Caso 2: Usuário ou traficante? Na dúvida se pressupõe o pior

O denunciado, que chamaremos de Elemento 4, foi detido por policiais no dia 25 de maio de 2012 por estar na posse de 6 (seis) grammas de erva seca identificada como Cannabis Sativa L. e 2, 5 g de pó branco, identificado como Cocaína, conforme Laudo de fl. 78/79 para fins de traficância. Segundo consta na denúncia, os policiais chegaram ao réu porque foram alertados por populares que o acusado estava vendendo entorpecentes em um bar. Todavia, inexistia qualquer indício de materialidade que comprovasse a existência desta denúncia anônima e nem foi colhido informações desta suposta denunciante.

O Elemento 4 nunca teve passagem pela polícia, porém admitiu que estava portando drogas para consumo pessoal. Em seu depoimento destacou:

que no dia narrado da denúncia saiu do trabalho e já na comunidade da Rocinha **pediu a um mototaxi que comprasse cinco papелotes de**

³⁶ Processo 444500-98.2011.8.19.0001. Depoimento Policial2. Fls. 134.

³⁷ Processo 444500-98.2011.8.19.0001. Fragmento do Acórdão. Fls. 414/422

cocaína e duas trouxinhas de maconha tendo entregue ao rapaz 70,00 e recebendo de troco 5,00; que a droga seria para consumo próprio pois é usuário de drogas; que nunca foi viciado ou dependente; que o valor de aquisição da droga era 65,00; que retornou para casa e estava sentado num bar quando chegaram policiais dando uma 'geral' em todos; **que foi encontrado com o interrogando quando da revista as substâncias entorpecentes.**³⁸ (Grifos nossos)

Em contrapartida, o depoimento dos policiais era uníssono no sentido que chegaram até o réu por meio de denúncias anônimas. Vejamos *in verbis*:

que no dia narrado estava em PTR quando populares disseram que o individuo estaria no bar vendendo entorpecente sendo descrita a vestimenta do elemento por populares ; **que o depoente então se dirigiu ao local indicado abordando o acusado e procedendo a revista pessoal do mesmo , encontrando nas vestes próximo as partes intimas do acusado um saco plástico que continha dez trouxinhas de maconha como pode ser constatado posteriormente pelo exame e numa peteca, pó branco, constatando-se que era cocaína;** que o acusado nada disse; que o local é conhecido como ponto de traficância; que o acusado estava sozinho no momento da abordagem... havia numerário em poder do acusado não podendo precisar quanto; que o acusado não tinha qualquer outro objeto que fosse ligado ao comercio de entorpecentes.³⁹

(grifos nossos)

**

que no dia narrado na denúncia estava em PTR foi informado por populares de que um elemento estaria num bar traficando sendo descrita a pessoa e a vestimenta da mesma; que o depoente se dirigiu ao local sendo então abordado o acusado e encontrado dentro do bolso de sua bermuda um saquinho com dez trouxinhas de maconha e dez papalotes de cocaína; que o acusado disse que a droga não lhe pertencia; que o acusado estava sozinho no bar no momento da abordagem policial; que o local é conhecido como ponto de traficância.⁴⁰ (Grifos nossos)

O magistrado que julgou o caso valorou as provas da seguinte maneira:

Depoimentos dos policiais militares que participaram da diligência, eivados de coerência, destruindo a negativa. (...)Outrossim, a atenta leitura do APF e dos depoimentos prestados pelos policiais, demonstra que a ação de repressão ao tráfico desenvolveu-se de modo legal e oportuno. Com efeito, o conjunto probatório detidamente compilado nos autos é suficiente para que se reconheça o ius puniendi de que é titular o Estado. Por tais fundamentos, vejo que o fato é típico e ilícito, sendo culpável o réu, não só porque imputável, como também porque tinha condição de conhecimento da ilicitude de sua ação, sendo ainda de exigir-se dele a observância ao preceito primário da norma penal violada, merecendo recair sobre ele o Juízo da reprovabilidade social, razão pela qual não

³⁸ Processo 0203616-74.2012.8.19.0001. Depoimento Elemento 4. Fls. 113.

³⁹ Processo 0203616-74.2012.8.19.0001. Depoimento Policial3. Fls. 111.

⁴⁰ Processo 0203616-74.2012.8.19.0001. Depoimento Policial3. Fls. 112.

militando em seu favor qualquer excludente, exculpante ou causa de diminuição da reprimenda, merece procedência a pretensão punitiva estatal contida na exordial. EX POSITIS, e por mais que dos autos consta e princípios de Direito recomendam, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva vertida na peça exordial e por via de consequência CONDENO o réu ELEMENTO4 como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06. (Grifos nossos) .

Não obstante, apesar de não ter ficado claro quem foram os denunciantes e populares que relataram que o réu estava praticando tráfico na região, o mesmo manifestou interesse de não recorrer, tendo a defesa técnica apenas se insurgido quanto ao regime de pena fixado e logrado êxito.

3.4.3 - Caso 3: Informante não é meio de prova

Não entrevistamos e nem tivemos contato direto com o caso do Elemento 5. Nós soubemos do caso por meio de relatos de uma defensora. Contudo, as peculiaridades do caso nos chamaram atenção e por isso resolvemos expor dentre os exemplos citados.

A denúncia aduzia que policiais militares em patrulhamento tinham abordado o denunciado e um adolescente trazendo consigo 107 (cento e sete) “sacolés” de cocaína no bolso de sua bermuda, 49 (quarente e nove) “sacolés” contendo “crack” e a quantia de R\$29,00 (vinte e nove reais) com o adolescente, estando o restante da droga em uma sacola deixada no chão ao lado de um artefato explosivo.

O acusado morava em Xerém e realizava serviços de “biscate”. Em um final de semana resolveu ir para a casa de sua avó. O réu disse que estava na varanda da casa conversando com um menor que atuava no tráfico de drogas e foi surpreendido por policiais que alegaram que ele deveria ser traficante, assim como o adolescente apreendido.

A avó do menino compareceu em juízo e narrou uma versão harmônica com a versão do réu:

foi preso na esquina da casa da informante; que foi falar com o PM e ele disse que ELEMENTO 5 não estava com nada e o material era todo do menor; que o acusado foi levado para a favela do Pica Pau e os policiais disseram para os moradores que a droga era do menor, mas ía colocar tudo em cima dele.⁴¹

O adolescente confessou a autoria do crime, mas negou que o Elemento 5 fosse traficante:

⁴¹ PROCESSO 0447198-14.2010.8.19.0001. Depoimento Avó. Fls. 111.

faz parte do tráfico da Comunidade Cidade Alta; que policiais desconfiaram do declarante, pois o local é conhecido como de tráfico; que ELEMENTO 5 estava apenas próximo ao declarante, não estava exercendo tráfico em conjunto; que com o declarante foram encontrados quarenta e nove sacos contendo pedras de crack bem como a quantia de R\$29,00; que o material que foi encontrado ao lado do declarante e de ELEMENTO 5 era todo de propriedade do depoente, com relação à granada o declarante esclarece que foi forjado; que trabalha para a facção criminosa do Comando Vermelho. Que ganha a quantia de R\$50,00 por carga de cocaína; que exerce esta atividade ilícita há três dias...⁴²

Os policiais, por sua vez, repetiram a versão apresentada na denúncia. Declararam que no dia da prisão estavam em patrulhamento na região e procederam com a revista do denunciado e do menor apreendido, ocasião em que encontraram uma grande quantidade de drogas e uma granada.

O Elemento 5 foi condenado pelo magistrado como incurso nas penas prevista para o crime do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Diante da fragilidade probatória a Defensoria Pública apelou da sentença, mas não obteve êxito por não ter explicado as razões que fariam os policiais mentirem:

Vale anotar, porém, que não se fez qualquer prova sobre quais motivos teriam os policiais de acusar injustamente o ora recorrente, o qual, inclusive afirmou que não os conhecia, pelo que não cabe duvidar de seus depoimentos, incidindo, na hipótese, o disposto na Súmula 70 desse Tribunal de Justiça. Cumpria à nobre Defesa, evidentemente, o ônus de provar tese desconstitutiva da acusação, no que, entretanto, não obteve êxito.⁴³

Em todos os casos os réus foram condenados por meio da prova testemunhal policial, embora os réus negassem veementemente a versão apresentada pela acusação. Por outro lado, não é possível afirmar que nos casos descritos os policiais estavam mentindo ou se capturaram os réus equivocadamente.

Os magistrados para formar a sua convicção afirmam que não há elementos probatórios que caracterizem que o policial tivesse algum interesse em mentir. Mas, será que os réus seriam capazes de conseguir tal prova? Será que estes réus dispunham de meios para comprovarem a veracidade de suas alegações?

Para provocarmos ainda mais esta discussão sobre a precariedade do depoimento policial, devemos lembrar que não foram raros os momentos nas jornadas

⁴² PROCESSO 0447198-14.2010.8.19.0001. Depoimento Adolescente. Fls. 124.

⁴³ PROCESSO 0447198-14.2010.8.19.0001. Fragmento acórdão fls. 347.

de junho de 2013⁴⁴ que manifestantes, através de gravações de vídeos particulares, conseguiram comprovar que policiais teriam forjado flagrantes. Assim, as jornadas serviram como exemplo para desmistificar o entendimento de que o policial somente atua dentro da legalidade.

Um caso emblemático e que teve grande repercussão na mídia foi referente a um policial que alegava que um menor estaria portando um artefato explosivo. Na ocasião, o jovem tenta se debater e até resiste à injusta prisão. Porém, por sorte do acusado, foi realizada uma gravação que mostrava que o policial teria jogado um morteiro no chão perto do menor para incriminá-lo⁴⁵.

Outro caso mostra um policial detendo um suspeito e, logo em seguida, outro policial militar pega uma pedra no chão para tentar colocar dentro da mochila do acusado. Novamente, a tentativa de forjar o flagrante não foi bem sucedida porque os ativistas que estavam no protesto filmaram toda ação criminosa cometida pelos policiais.⁴⁶

Há também o caso de um jovem universitário que chegou a ser preso, segundo nota oficial da polícia militar, inicialmente com a alegação de estar portando 20 (vinte) coquetéis *molotov*. A própria polícia se contradisse, alegando serem 10 (dez) coquetéis *molotov*. Por fim, o policial durante o interrogatório em sede policial não conseguiu afirmar se o estudante estaria na posse dos explosivos, mas que o teria visto lançando um “rojão”. Após a prisão irregular, o jovem suplicou através de um vídeo em uma rede social⁴⁷ que, se alguém o tivesse filmado, disponibilizassem os vídeos que comprovassem que ele não estaria portando qualquer explosivo. Ativistas de mídias sociais conseguiram as imagens que mostravam o estudante sem qualquer mochila ou explosivos e, com isso, o jovem foi solto e o seu inquérito arquivado.⁴⁸

Os casos acima tratados não se tornaram ações penais, tendo em vista que foram arquivados pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, os dois

⁴⁴ Jornadas de Junho foi o termo designado pela mídia para definir as grandes manifestações do ano de 2013 que tiveram como foco a melhoria de transporte.

⁴⁵ CARVALHO, Janaina. Após suspeita de flagrante forjado no Rio, PMs são afastados de protestos. Disponível <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/apos-suspeita-de-flagrante-forjado-no-rio-pms-sao-afastados-de-protestos.html> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

⁴⁶ SOARES, Renata. Novo vídeo mostra suposto flagrante forjado. Disponível <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/novo-video-mostra-suposto-flagrante-forjado-em-protesto-dos-professores.html>. Acesso em 3 de outubro de 2015.

⁴⁷ Facebook. <https://www.facebook.com/>

⁴⁸ SOUZA, Priscila. Inquérito diz que manifestante preso no Rio não portava coquetel molotov. Disponível: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/07/inquerito-diz-que-manifestante-preso-no-rio-nao-portava-coquetel-molotov.html> Acesso em 01 de novembro de 2015.

policiais que forjaram o primeiro flagrante foram afastados administrativamente pela instituição da polícia militar⁴⁹.

Em todos os relatos citados, os acusados conseguiram, através de mídias, comprovar a sua versão dos fatos. No entanto, cabe o questionamento: será que casos como estes, se fossem levados a julgamento, o depoimento de negativa de autoria do manifestante acusado de portar artefato explosivo seria capaz de convencer o juiz, caso confrontado com a versão dos policiais? Ainda, neste sentido: será que um policial seria capaz de dizer em juízo que forjou provas?

Por outro lado, não é possível, através da leitura destes casos, ter uma visão determinista de que todos os policiais necessariamente estarão infringindo a lei. Porém, estes casos servem para evidenciar que, diferentemente do que a jurisprudência tem se posicionado, alguns policiais forjam flagrantes ainda que não tenha qualquer inimizade com os réus.

O depoimento policial, assim como qualquer outro, é suscetível a falhas. Afinal, é muito provável que o policial em sede de audiência repita as mesmas alegações prestadas em sede policial. Em última análise, o policial tem interesse em legitimar o seu *modus operandi* no decorrer do inquérito. Portanto, os exemplos demonstram a importância de que no inquérito haja uma investigação aprofundada sobre a prisão, ocasionando a possibilidade para o juiz formar a sua convicção não apenas nas declarações dos policiais, mas também de acordo com as outras provas colhidas.

3.5 - O depoimento do policial sob o crivo dos princípios constitucionais do processo penal

De acordo com a explanação dos princípios constitucionais que permeiam o processo penal - verificada no capítulo 1 - possuímos base para analisar a validade do depoimento policial sob o crivo dos princípios estudados. Entretanto, mesmo que preliminarmente, faz-se necessário distinguirmos o depoimento do policial no inquérito daquele realizado em uma audiência de instrução de julgamento.

O inquérito policial tem a finalidade de apurar a autoria e materialidade delitiva de determinado crime, porém esse procedimento tem natureza administrativa e

⁴⁹ SOUZA, Priscila. PMs do Rio serão julgados por suposto flagrante forjado em protesto. Disponível <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/06/pms-do-rio-serao-julgados-por-suposto-flagrante-forjado-em-protesto.html> Acesso em: 02 de novembro de 2015.

em consequência disso o contraditório e a ampla defesa seriam mitigados. Apesar das garantias constitucionais estarem mitigadas, o inquérito policial tem procedimentos próprios a serem observados, inclusive no respeito à integridade física e moral dos indiciados.

Antes de aprofundarmos a análise do inquérito policial recorreremos à história para compreender em que termos foi instituído. Este foi estruturado no Brasil por meio do Decreto n. 4.824 de 1871 para conter os excessos das autoridades policiais porque a monarquia portuguesa, ao se instalar no Brasil, teria ficado perplexa com alguns casos de autoritarismos cometidos por policiais. Paulo Rangel (2013) explicita sobre o abuso das autoridades policiais relatado no livro “Fera de Macabu” de Carlos Marchi (1999), no qual narra a morte de um inocente que fora motivada pela perseguição de um policial e um juiz.

Quer-se dizer: as autoridades policiais, no Brasil, já possuíam funções judicantes de formação de culpa e, neste caso, os abusos foram imensos. Para tanto, confirma-se o caso famoso ocorrido no Império da chamada “FERA DE MACABU” onde um fazendeiro, Manuel da Mota Coqueiro, foi investigado, acusado, processado e condenado à forca pela prática da chacina de uma família de oito pessoas. Depois do seu enforcamento, descobriu-se que ele era inocente. O delegado que investigou o fato e o juiz que presidiu o processo fizeram de tudo para condenar Coqueiro à morte. Foi o último homem branco, se não o único, a ser condenado à morte no Brasil. Tudo por interesses políticos e financeiros e por vingança. (MARCHI *apud* RANGEL, 2013, p.71)

Ademais, por meio da lei 2033 de 1871, o inquérito policial foi criado a partir da separação de função de polícia e de jurisdição (RANGEL, 2013). Nesse sentido, o inquérito policial ficou caracterizado por ser um procedimento administrativo e que segue um sistema inquisitorial, no qual estariam mitigadas algumas garantias constitucionais a fim de que se chegue ao objetivo de apurar o fato delitivo.

Com efeito, o depoimento do policial em delegacia pode destoar daquele prestado em audiência, isto porque, na primeira hipótese, o investigado não teria os meios necessários para desconstituir ou até mesmo impugnar a declaração prestada por uma autoridade policial. Todavia, na segunda hipótese, o réu teria direito de apresentar sua defesa e poderia contraditar as alegações feitas pelo policial. A princípio observamos que o depoimento do policial somente poderia ser utilizado como um meio de prova caso ocorresse durante a instrução probatória para o réu poder contraditar suas alegações.

Neste sentido, compreendemos que o depoimento, enquanto meio de prova, precisa ser prestado em juízo, possibilitando verificar a consonância com as alegações aduzidas no decorrer do inquérito policial. No entanto, parte da doutrina defende que os inquéritos teriam valor de prova relativo, pois carece de confirmação de outros elementos probatórios utilizados durante a instrução processual (TÁVORA, 2012). Seguindo neste mesmo entendimento, Fernando Capez diz:

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. (CAPEZ, 2004, p. 80)

Não obstante, acreditamos que assim como Aury Lopes Júnior dispõe, somente as provas colhidas após a instrução probatória, salvo aquelas que não podem ser repetidas, tal como disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, é que poderão ser utilizadas como meio de prova para embasar uma sentença condenatória. Vejamos *in verbis* o que aduz sobre a valoração do depoimento policial:

Em síntese, o CPP não atribui nenhuma presunção de veracidade aos atos do IP. Todo o contrário, atendendo sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual devem acompanhar a ação penal apenas para justificar o recebimento ou não da acusação. (...) Na sentença só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas as garantias. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 323)

O doutrinador Fernando Pedroso afirma que a prova colhida no inquérito policial não serve para dar respaldo a um decreto condenatório:

De tal arte, as provas coligidas unicamente em inquérito policial, sem a mínima corroboração pela instrução judicial, não são aptas a alicerçar um decreto condenatório. (PEDROSO, 2005, p. 143)

Por outro lado, nos aproximando do mundo fático e nos afastando da teoria, devemos analisar o depoimento do policial em sede de audiência com mais cautela.⁵⁰ Os depoimentos prestados em audiência, embora devam ter o seu valor probatório, também são suscetíveis à falha, como qualquer depoimento probatório.

⁵⁰ De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz, no ano de 2013, constatou-se que a polícia efetuou 7734 prisões em flagrante e somente deste número 772 pessoas foram absolvidas. Deste número 20,8% esperam julgamento presos, sendo mantido em cárcere em média por 101 dias, enquanto não é proferido sentença para o seu caso. Disponível: <http://danospermanentes.org/index.html>. Acessado em 24 de outubro de 2015.

Os policiais são agentes da lei, servidores públicos e homens com a dita “fé pública”, mas são antes de tudo homens que estão sujeitos a vaidades e pressões externas como qualquer outro depoente. Os seus depoimentos podem ser verdadeiros ou falaciosos. Portanto, dificilmente teremos a certeza plena da veracidade das alegações prestadas em sede de audiência por um policial, pois haverá uma dúvida no tocante as afirmações proferidas.

Diante da nossa primeira análise, verificamos que o depoimento policial pode ser utilizado como meio de prova, desde que complementado e corroborado com as demais provas colhidas na instrução probatória.

Como estudado no capítulo 1, é direito constitucional do réu ter o direito ao devido processo legal, oferecendo a oportunidade de contraditar as alegações das provas da acusação conforme o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, se o depoimento do policial é no sentido de comprovar a sua culpabilidade, o réu poderia em sua defesa desconstruir as alegações produzidas pelo policial.

Ademais, se a acusação é baseada em um mero depoimento policial, talvez não se possa dar menos credibilidade ao próprio depoimento do réu ou de demais pessoas que testemunhem em seu favor. Caso contrário, poderia haver violação ao princípio da igualdade processual consistente na “paridade de armas”. Por esta perspectiva, não parece razoável assumir que o depoimento do policial possua maior validade do que outras provas produzidas em prol da defesa, sob pena de assumirmos que o réu, embora inocente, sempre estará em desvantagem frente a uma declaração produzida por um policial.

Por exemplo, no caso 3 (citado no tópico anterior), mesmo com testemunhas aduzindo que o Elemento 5 não era traficante, o mesmo foi condenado. Afinal, foi valorado o depoimento policial em detrimento das provas que versavam em prol da defesa. Podermos nos indagar se este caso não estaria evidenciando a violação da paridade de armas, pois o Tribunal somente valorou o depoimento policial, não apontando o porquê das provas defensivas serem afastadas.

Neste ínterim, a condenação do réu que se baseia unicamente em um depoimento policial fere o princípio do *favor rei*, já que dificilmente verificaremos se as alegações ditas por um policial serão verídicas, ainda que prestadas em audiência. Por isso, a incerteza quanto as alegações ditas por um policial deveriam atuar em favor do réu, em consonância com o *favor rei*.

Podemos fazer um esforço de reflexão hipotética de que um policial dificilmente iria contra a sua versão dos fatos prestados em um inquérito policial porque, em última análise, caso fizesse isso comprovaria as irregularidades quanto a sua atuação durante o inquérito policial. Assim, em uma espécie de autodefesa mesmo agindo imoralmente, o policial provavelmente repetiria as mesmas alegações já feitas em uma delegacia.

A partir do apresentado, o depoimento do policial deve ser tido como meio de prova, mas *cum grano salis*, isto é com certa ressalva. Faz-se necessário ouvir o testemunho do policial como meio probatório, pois este poderá prestar esclarecimentos sobre informações cruciais para o magistrado formar a sua convicção sobre o caso. Sendo assim, o testemunho policial deve ser ouvido com cautela e valorado de acordo com as demais provas colhidas.

A dúvida pressupõe, sobre o risco da condenação de um inocente, que o réu seja absolvido. Por exemplo, caso um policial corrupto forjasse um flagrante para um morador de favela ser apreendido portando drogas, dificilmente, este policial, seja na delegacia ou em audiência, confessaria o seu delito. Ou seja, há grande probabilidade da sua alegação fluir no sentido de que o acusado de fato estaria portando drogas.

Cabe fazermos uma ressalva de que não estamos repudiando os policiais, porém apenas manifestando a incerteza da procedência de suas afirmações, em virtude do depoimento ser um meio de prova precário. Nesse sentido, a partir do esboço apresentado, as condenações que se restringem aos depoimentos policiais podem violar preceitos constitucionais.

Apesar das indagações acima, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sumulou entendimento de que “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.” A súmula, em questão, além de abrir precedentes para a violação de preceitos constitucionais, poderia ajudar na construção da noção de que as autoridades policiais estariam sempre agindo dentro da legalidade.

Determinada linha crítica é sintetizada no livro “Assassinatos em Nome da Lei” do Desembargador Sérgio Verani, o qual observa que a ação policial violenta, muitas vezes, é abafada e reproduzida pelos operadores da lei. O autor explica que:

O aparelho repressivo-policial e o aparelho-ideológico-jurídico integram-se harmoniosamente. A ação violenta e criminosa do policial encontra legitimação por meio do discurso do Delegado, por meio dos

discursos do Promotor, por meio do discurso do Juiz. Se as tarefas não se estivessem divididas e delimitadas pela atividade funcional, não se saberia qual é a fala de um e qual é a fala de outro – porque todos têm a mesma fala, contínua e permanente. (VERANI, 1996, p. 138)

Desta forma, voltamos à contextualização realizada no início deste trabalho. É preciso, sob o risco de sofrer um processo *kafkaniano*, garantir que as provas no curso da ação penal sejam de fato colhidas sob o contraditório, respeitando o princípio do *in dubio pro reo*.

Neste sentido, supomos que estando o magistrado diante de provas que não sejam capazes de atestar a veracidade de suas informações prestadas, podem surgir duas possibilidades: condenar o apelante correndo o risco de estar fazendo uma injustiça ou então absolvê-lo. No Direito Penal aprendemos que nesta hipótese deverá prevalecer o *in dubio pro reo*. Acerca desta hipótese Nucci (2008) recomenda:

Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição. (NUCCI, 2008, p.672)

3.5.1 - A fragilidade do depoimento policial enquanto meio de prova

Conforme visto nos casos apresentados neste capítulo, a prova testemunhal é bastante utilizada pelos juízes para basear suas sentenças condenatórias, além disso, basta uma simples pesquisa na jurisprudência pátria para conferir que diversas sentenças são embasadas unicamente através da prova testemunhal. No entanto, apesar da grande relevância conferida pelos magistrados, a prova testemunhal é alvo de críticas por ser um meio precário de prova, haja vista que não é raro a testemunha distorcer a dinâmica dos fatos, não é por menos que a prova testemunhal é vulgarmente nomeada de “prostitutas das provas”.

Por este viés, Aury Lopes Júnior assevera sobre a vulnerabilidade da prova testemunhal aduzindo que:

Se no processo criminal é a mais comum, encontrada e alicerçada das provas, ao mesmo tempo representa a mais controvertida, a ponto de receber o epíteto pejorativo de prostitutas das provas. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 538)

Não obstante, em que pese o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a prova testemunhal tenha grande validade para auxiliar a comprovação do fato,

trata-se de um meio de prova precário. As testemunhas são suscetíveis a situações que possam prejudicar a finalidade de seu depoimento. Por exemplo, a testemunha pode ficar insegura de expor a verdade por temer retaliações.

Em contrapartida, o depoimento do policial, ainda que esteja sob o dever legal de falar a verdade, também é suscetível a pressões psicológicas inerentes a sua atividade. Segundo esta ótica, dificilmente um policial que forjou provas para incriminar o réu diria a verdade tanto na abertura da ação penal como na audiência de instrução e julgamento.⁵¹

A questão em foco não é fazer um juízo moral dos policiais, mas explicitar que os agentes de segurança em muitas vezes terão interesse de que o réu seja condenado para legitimar a sua atuação. Pois, em última análise, é por meio de seu depoimento que os policiais legitimarão a prisão por eles efetuada e afastarão qualquer responsabilização por abuso de autoridade. Sendo assim, as declarações revelam-se frágeis. Por isto, a importância de buscar outros meios de provas para basear uma sentença penal condenatória.

Por outro lado, convém fazermos a ressalva de que o nosso objetivo não é desqualificar o depoimento do policial enquanto meio de prova. Ao contrário, os policiais podem e devem ser ouvidos como testemunhas até porque, se participaram da investigação do crime, são capazes de informar com detalhamento o fato criminoso. Porém, pode ser perigosa a valoração excessiva do depoimento prestado por um policial, pois poderá servir de instrumento inclusive para acobertar uma injustiça contra o réu.

Esta mesma perspectiva, no sentido de que o testemunho policial deve ser analisado com cautela, também é compartilhada por Aury Lopes Júnior (2014). Senão vejamos:

Da mesma forma, 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. 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

⁵¹ Em um caso emblemático que ocorreu recentemente na Rocinha, o morador conhecido como “Amarildo” desapareceu após comparecer em uma sede da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). Embora haja elementos probatórios que, segundo o Ministério Público, caracterizem que os policiais executaram o Amarildo, alguns deles alegam inocência. Vale observar que os policiais mantiveram as declarações desde o desaparecimento até o momento em que foram processados criminalmente pela morte de Amarildo. Disponível: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/sou-inocente-diz-pm-acusado-de-comandar-tortura-contramarildo.html> Acesso em: 03 de outubro de 2015.

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 JÚNIOR, 2014, p. 676)

O autor em sua análise vai além, advertindo que o juiz não poderá fundamentar sua sentença com base nas declarações do policial que comparece em juízo apenas para reproduzir as informações colhidas no inquérito. Pois sinaliza que, caso ocorra à condenação com base neste testemunho, haveria violação do art. 155 do Código de Processo Penal na medida em que a condenação teria se baseado apenas em declarações que, embora repetidas em juízo, já teriam sido apresentadas na fase pré-processual. Vejamos *in verbis*:

Contudo, é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas policiais. (...) No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu exclusivamente com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminando de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com resultados por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal. Portanto, se não há elementos para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fizeram em audiência. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 676)

Tal análise nos parece muito ponderada. Porém, sem o atrevimento de chegarmos ao conhecimento do ilustre doutrinador, acrescentaríamos que o depoimento do policial pode ser utilizado como meio de prova, mas demonstra-se a necessidade de que haja também outras provas que corroborem as alegações feitas pelo policial.

No Brasil, ainda que recentemente estejamos mudando este quadro, quase todas as prisões são efetuadas meramente com base apenas no testemunho dos policiais, pelo fato da polícia raramente utilizar o aparato de inteligência para coibir o crime. Assim, as prisões são efetuadas, na maioria das vezes, através do patrulhamento de policiais. Por isto, valorar o testemunho policial em detrimento de outras provas em prol da defesa é também não estimular uma mudança dentro das instituições militares.

A respeito da importância da inteligência da polícia, aplicada nos casos de segurança pública, o Delegado Rodrigo Gomes esclarece que:

A inteligência aplicada aos serviços de polícia judiciária e de segurança pública, em geral, proveem informações de irrefutável interesse no enfrentamento e investigação de ações de organizações criminosas: identificação de grupos criminosos, do modus operandi e da divisão de tarefas; individualização de seus integrantes e comandos hierárquicos; plotagem da localidade ou região de atuação; traçado de tendências criminosas; monitoramento e documentação da atuação

criminosa e do eventual informante (interceptação telefônica combinada com ação controlada, com recurso à vigilância eletrônica, móvel ou fixa); identificação do o indivíduo criminoso mais propenso para cooperar com a investigação policial ou para ser oferecida a delação premiada; prevenção de crimes; proteção de testemunhas. (GOMES, Rodrigo Carneiro. **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 8, ago. 2009. Disponível: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/prevenir_crime_organizado_inteligencia.pdf> Acesso em 30 de setembro de 2015.)

Não obstante, em consonância com este sistema, o policial prende o criminoso, mas o crime continua a ser praticado. Em análise das jurisprudências pátrias verifica-se que a maioria dos policiais prendem traficantes sem nenhum esquema tático, pois quase todas são realizadas quando o réu supostamente estaria em flagrante delito⁵². O resultado disso é chamado pelos especialistas em segurança pública de “política de enxugar gelo”, pois a prisão do criminoso não determina a desarticulação da rede do crime, de tal modo que ocorre facilmente a substituição do indivíduo detido por outro elemento criminoso.

Tal prática é desastrosa. Seja no processo e no combate à criminalidade. No que diz respeito ao processo, temos provas frágeis. Pelo fato de não ter sido utilizado o serviço de inteligência, colhendo outras provas no curso do inquérito, as provas no processo se limitaram ao depoimento do policial. Por fim, no que tange ao próprio combate à criminalidade, tal medida é muito ruim, pois a polícia faz o papel de “enxugar o gelo”, prende apenas um criminoso sem se preocupar em desarticular a organização criminosa.

Em suma, os policiais combatem o criminoso, mas não o crime em si e a sociedade continua refém das práticas delituosas. Por outro lado, caso o processo tivesse outras provas que tenham sido colhidas durante o inquérito ou até mesmo durante a instrução criminal, o juiz terá mais elementos para averiguar a veracidade das alegações

⁵² De acordo com estudo do Núcleo de Estudos de Violência-USP, a maior taxa de “elucidação” de crimes são resultado de flagrantes e não de um trabalho investigativo da polícia. Na pesquisa sobre impunidade penal verificou-se que 90% dos crimes analisados da década de 1991 a 1997 da seccional Oeste da cidade de São Paulo eram de autoria desconhecida, ou seja, necessitavam de uma investigação. Grande parte deles resultou em arquivamento. De acordo com os autores, é o flagrante que exerce maior influência na conversão de boletins de ocorrência em inquéritos (NEV-USP. Pesquisa Prisão provisória e lei antidrogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia. São Paulo: NEV-USP/Open Society Institute), Disponível em <https://redejesticriminal.files.wordpress.com/2013/07/nev-prisao-provisoria-e-lei-de-drogas.pdf> Acesso no dia 03 de outubro de 2015.

feitas pelo policial. Não ficando, portanto, refém ou em dúvida quanto à credibilidade das alegações feitas pelo policial.

Considerações finais

Esta pesquisa se propôs, como objetivo geral, analisar a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que assevera que “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Nesse sentido, tínhamos como objetivo inicial saber se a súmula em questão estava consonante com os ensinamentos jurídicos de processo penal e constitucional.

Iniciamos a nossa análise fazendo um recorte dos princípios constitucionais que devem ser utilizados para interpretação correta dos códigos de processo penal e processual. Verificamos que, embora o código de processo penal tenha sido publicado em 1941, a Magna Carta de 1988 deve preponderar e ser utilizada como referência para a devida compreensão das normas inferiores.

Analisamos os diferentes sistemas probatórios utilizados no mundo jurídico no decorrer da história antes que chegássemos à construção do sistema da livre convicção motivada. O juiz é livre para formar a sua convicção, devendo sempre motivar e respaldar legalmente todas as suas decisões, conforme dispõe o art. 93, inciso X da CRFB.

Não obstante, debruçamos à averiguação da prova propriamente dita. Apesar de inexistir um rol taxativo que especifique quais meios de provas podem ser utilizados pelas partes a fim de comprovar a veracidade de suas alegações, examinamos que os meios probatórios devem ser lícitos (art. 5º, inciso LVI), sob pena de não poderem ser utilizados pelo magistrado para formar sua convicção. Por outro lado, explicitamos ainda que a ilicitude de uma prova pode ser afastada quando o réu assim o faz em estado de legítima defesa ou alguma excludente de ilicitude, segundo o entendimento do STF.

Trabalhamos a prova testemunhal com o subsídio de doutrinadores e jurisprudência. Concluímos que, de acordo com o texto legal, somente àqueles que prestam o dever de falarem a verdade é que podem ser ouvidos na qualidade de testemunha, ao passo que os demais são ouvidos como informantes. Contudo, embora os informantes não assumam a responsabilidade em dizer a verdade, isto não

significaria dizer que seus depoimentos não poderiam ser analisados como meio probatório.

Considerando que o presente trabalho tinha como objeto central a súmula 70 do TJRJ, fizemos uma análise sobre as súmulas de nosso ordenamento jurídico. Refletimos sobre a importância das súmulas na medida em que uniformizam o ordenamento jurídico ao trazer segurança para todos os jurisdicionados. Contrapomos o entendimento de que muitas vezes as súmulas seriam instrumentos de engessamento do judiciário, pois muitos magistrados enxergariam as súmulas como uma regra. Além disso, poderiam estar submetidos à uma pressão externa de não terem suas sentenças reformadas para que possam progredir na carreira.

Sinalizamos que somente as súmulas vinculantes devem ser obedecidas pela Administração Pública e os órgãos jurisdicionais. Ou seja, as súmulas dos tribunais de 2ª instância e do Superior Tribunal de Justiça somente refletem um entendimento jurisprudencial predominante pelo Tribunal.

Estudamos o rito específico das súmulas vinculantes e daquelas proferidas pelo tribunal. Observamos que o Regimento Interno do Rio de Janeiro traz uma hipótese para edição de súmula que vai além dos ditames legais previstos no art. 479 do CPC, pois é possível que uma súmula possa ser incluída por iniciativa do Órgão Especial e do Centro de Estudos e Debates.

Problematizamos o fato das súmulas elaboradas pelo Centro de Estudos e Debates serem prejudiciais, uma vez que não há um caso específico que o gerou. Assim, as partes no processo não poderiam se referenciar e analisar sobre o caso que motivou a súmula. Tratam-se, portanto, de súmulas com conteúdos abertos, os quais não seriam possíveis determinar o grau de abrangência.

Seguindo este viés, descobrimos em consulta ao acervo do TJRJ que a súmula 70 foi incluída por iniciativa do Órgão Especial e do Centro de Estudos e Debates. Assim, inexistiriam um precedente que pudesse indicar as razões que fizeram os magistrados votarem pela aprovação da súmula. Ao contrário, o documento da aprovação da súmula somente faz menção quanto à sua aprovação.

Ao término do trabalho passamos analisar a instituição policial e suas vicissitudes. Recorremos à filosofia para compreendermos o porquê as civilizações necessitam de polícia e descobrimos que, segundo muitos filósofos, os homens aceitariam a existência do Estado porque este os traria segurança. Portanto, é a polícia

que vai assegurar o bem-estar coletivo para que os indivíduos não beírem ao estado da “barbárie”.

Em nossa análise histórica, tivemos o conhecimento de algumas nuances das instituições policiais até os dias atuais. Salientamos que a polícia, desde à colônia brasileira e até o período contemporâneo, serviu como instrumento para resguardar os direitos e garantias das elites.

Perscrutamos o Direito Administrativo e descobrimos que os policiais enquanto agentes públicos do Estado, supostamente, agem dentro do âmbito da legalidade (art. 144 da CRFB) e todos os seus atos tem presunção relativa de veracidade e legitimidade. Sendo assim, o ato policial é legal até que se prove o contrário.

Nos questionamos se a presunção de veracidade e legitimidade dos atos policiais era compatível com a legislação penal. Percebemos que a definição de direito administrativo quando incorporada no processo penal se mostrava incompatível. Afinal, o réu dificilmente disporia de meios para afastar presunção *juris tantum* de legalidade e legitimidade, o que, por evidente, seria dissonante com o princípio da paridade de armas (art. 5º, inciso LV) estudado no capítulo 1.

Com efeito, foi possível aferir que de acordo com o princípio *favor rei* o magistrado para formar sua convicção deverá ter elementos cabais. Assim, tendo em vista que conceitualmente a presunção quanto à legitimidade e a legalidade dos atos policiais é meramente relativa, não é possível determinar de forma veemente se os seus atos são legais.

Trouxemos ao trabalho relatos pessoais vivenciados no nosso período de estágio na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Em uma análise sucinta explicitamos que um dos motivos da escolha do objeto desta pesquisa monográfica foi o fato de que em diversos casos, em especial o tráfico de drogas (art. 33, *caput* da lei 11.343/2006), existiam dúvidas quanto à culpabilidade dos réus. Afinal, de um lado ouvia policiais afirmando que o acusado de fato havia praticado um crime e de outro ouvia o réu negando veementemente à autoria dos crimes.

A precariedade de provas foi outro elemento que chamou a atenção. Não havia interceptação telefônica, gravação, fotos e até mesmo testemunhas civis que afirmasse contra os réus. Além disso, não havia qualquer diligência feita pela polícia

durante o inquérito a fim de apurar e trazer mais elementos probatórios sobre a culpabilidade do réu. As provas foram apenas a declaração policial.

A fim de qualificar o objeto pesquisado, apresentamos três casos que vimos durante a nossa passagem pela DPGE. Tratam-se de casos em que haviam algumas lacunas probatórias quanto a real autoria dos crimes, as quais não foram sanadas ao término da instrução processual. Porém, nestes três casos os réus foram condenados unicamente com base no depoimento policial.

Explicamos que as dúvidas nestes casos não implicariam em dizer que os policiais estariam mentindo. Ao contrário, os policiais podem estar falando a verdade (como provavelmente na maioria dos casos). Porém, a dúvida é inerente pela própria precariedade da prova testemunhal que vulgarmente é chamada de “prostitutas das provas.” Portanto, mesmo com o policial assumindo o compromisso legal de dizer a verdade, é provável que ele também tenha interesse em legitimar à sua conduta.

Por este viés, os policiais podem mentir. Inclusive existem diversos relatos durante as jornadas de junho de 2013 que comprovam que policiais não seriam tão idôneos como mostrado pela jurisprudência. Nesse sentido, há uma série de relatos que evidenciam policiais que agem fora da legalidade.

Repare que há uma dicotomia: o policial pode estar mentindo ou falando a verdade. Porém, não há meios possíveis que atestem a versão de que os policiais estejam falando a verdade ou mentindo. Restando, portanto, dúvidas sobre a veracidade de suas declarações. Nesse caso, em consonância com o princípio *favor rei*, o acusado deveria ser inocentado porque o benefício da dúvida deveria ser aplicado em seu favor.

Por fim, devemos indagar até que ponto está dúvida não é influenciada pela própria estrutura de como os inquéritos são pautados. Provavelmente, a polícia contenta-se com o depoimento policial, não diligenciando por outras provas, porque a própria estrutura do judiciário legitimará seus atos. Porém, isto pode se revelar uma prática danosa para as garantias constitucionais, já que algum inocente pode estar sendo condenado com base em falsas declarações policiais.

Diante do exposto, concluímos que o depoimento policial pode ser utilizado como meio probatório, mas para evitarmos à prática de uma injustiça é fundamental que

o magistrado não forme sua convicção apenas nos depoimentos prestados por estes agentes.

Referências Bibliográficas

1. Livros

ACCIOLY FILHO apud STRECK. Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

AMARAL, Thiago Bottino. **O Direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 4ª Ed, ver. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS, Marcos Antônio de. “A busca da verdade no Processo Penal”. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Editora Saraiva, 15º edição, São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2004.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002

COSTA, Emília Viotti da. **Da senzala à colônia**. 3. ed. Brasiliense, 1989

CORDERO, Franco. **Procedimental Penal**. Traduzido por Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 8, ago. 2009. Disponível: < https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/prevenir_crime_organizado_inteligencia.pdf> Acesso em 30 de setembro de 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte geral In. Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2004.

GRIVONER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

HOLLOWAY, Thomas H. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XX**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

IHERING, Von Rudolf. **A Luta pelo Direito**, Coleção Clássicos do Direito, Editora Lumen Juris, 2º edição, Rio de Janeiro, 1988.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, José Lauri Bueno de. **Polícia militar e direitos humanos**. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 96.

LAZZARINI, Álvaro. *et al.* **Direito Administrativo da ordem pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed., Editora Método – São Paulo, 2007

LIMA, Martônio Mon't Alverne Barreto; BELLO, Enzo. **Direito e Marxismo**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri Lima. **A prova Penal**. 2ª edição, Revista e Ampliada, Rio de Janeiro, 2003

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** -11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª Ed. Porto Alegre: Lumem Juris, 2011

MARCINEIRO, Nazareno. **Introdução ao Estudo da Segurança Pública**: livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2005,

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes. **Súmula Vinculante: Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais**. 1. ed., Editora Saraiva – São Paulo, 2005

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed.rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2011.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIETÁ, Elói. **Crime e polícia**. 2. ed. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1997.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO, Denis. **A Verdade no Processo Penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

SILVA JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

STRECK, Lenio Luiz e Rafael Tomaz de Oliveira. **O que é isto: as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1 995,

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 28 ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

THOMPSON, Augusto. **Quem São os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes políticos**. 2 edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5ª ed. Revisão Técnica: Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: LTC- Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 2002,

REINER, ROBERT. **A Polícia da Política**. Tradução Jacy Cardia Ghirotti e Maria Cristina Pereira da Cunha Marques. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 137.

ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf> acesso em 07 de setembro de 2015.)

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em nome da lei**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

2. Artigos

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A Inconstitucionalidade da Súmula de efeito vinculante no Direito Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 91, out. 2003. Disponível em: <http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248>. Acesso em 20 de julho de 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417/2006: apontamentos para compreensão do tema**. Jus navigandi, Teresina, ano 11, n. 1295, 17 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9400>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Prevenir o crime organizado: inteligência policial, democracia e difusão do conhecimento**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21, n. 8, ago. 2009. Disponível: < https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/prevenir_crime_organizado_inteligencia.pdf> Acesso em 30 de setembro de 2015.

MATSUURA, Lilian. *Somente depoimento policial não vale para condenação*, publicação em 26 de agosto de 2012. <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/depoimento-policial-si-nao-vale-prova-condenacao>. Acesso dia 9 de junho de 2014 às 8:20h.

NEVES, Zuenir de Oliveira. **A sumarização do processo: o advento da súmula de efeito vinculante em face das garantias constitucionais processuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8552>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

KANT DE LIMA, Roberto. “Polícia e exclusão na cultura judiciária”. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 9(1): 169-183, maio de 1997.

PINTO, Felipe Martins e Jéssica Oníria Freitas. “Revista Duc In Altum” - **Caderno de Direito**, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. **Da Validade dos Testemunhos Policiais**, publicação em julho de 2005. URL:<http://jus.com.br/artigos/7105/da-validade-dos-testemunhos-de-policiais>. Acesso dia 5 de agosto 2014 às 18:20h.

SANTIAGO, José Cordeiro. **Aspectos valorativos do depoimento de policiais como elemento de prova**, publicação de maio de 2005.

URL:<http://jus.com.br/artigos/1129/aspectos-valorativos-do-depoimento-de-policiais-como-elemento-de-prova#ixzz3AKQHCgZK>. Acesso dia 1 de agosto 2014 às 10:20h.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7198>>. Acesso em: 3 nov. 2015.)

STRECK, Lenio Luiz. “Senso Incomum: O Direito está nas ruas, ou na consciência?” <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia> Acesso em 01 de setembro de 2015.

3. Trabalhos de conclusão de curso

CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência: repressão e estado policial na era Vargas (1930-1945)**. Banco de teses e dissertações. Unicamp, 1991.

QUEIRÓZ, Jamil Amorim. **Práticas de abordagens operacionais no contexto das relações etnicorraciais: desafios para a formação do policial militar**. 2015. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Educação) Instituto de Educação da Universidade Federal de Mato Grosso, 2015.

4. Imprensa

Amarildo. Disponível: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/sou-inocente-diz-pm-acusado-de-comandar-tortura-contramarildo.html> Acesso em: 03 de outubro de 2015.

CARVALHO, Janaina. Após suspeita de flagrante forjado no Rio, PMs são afastados de protestos. Disponível <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/apos-suspeita-de-flagrante-forjado-no-rio-pms-sao-afastados-de-protestos.html> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

SOARES, Renata. Novo vídeo mostra suposto flagrante forjado. Disponível <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/novo-video-mostra-suposto-flagrante-forjado-em-protesto-dos-professores.html>. Acesso em 3 de outubro de 2015.

5. Sítios eletrônicos

Constituição Federal, publicação em 1988. [online] Disponível na Internet via URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso dia 19 de junho de 2014 às 13:20h.

EMENDA CONSTITUCIONAL de 3 setembro de 1926. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html. Acesso em 03 de setembro de 2015.

Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (Ibrajus). Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/pesquisas/pesquisa06.asp>. Acessado em 24 de setembro de 2015.

LAZZARINI, Álvaro. **A ordem Constitucional de 1988 e a Ordem Pública**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176052/000472191.pdf?sequence=3> > Acesso em 27 de outubro de 2015.

Lei 3.689, publicação de 1941. [online] Disponível na Internet via URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso dia 12 de junho às 18h.

Lei 2.848, publicação em 1940. [online] Disponível na Internet via URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso dia 19 de junho de 2014 às 13h.

Lei de 1º de Outubro de 1828. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-1-10-1828.htm. Acesso em 31 de outubro de 2015.

PEDROSO, Altino. Voto do Relator no Processo Administrativo N° do Processo: 0001799-30.2008.2.00.0000.

Disponível em:

https://www.cnj.jus.br/ecnj/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200810000017996&numrowsControle=-13&consulta=s&pg=0&txtcaptcha.

Acesso em 03 de setembro de 2015.

PESQUISA Instituto Sou da Paz, Disponível: <http://danospermanentes.org/index.html>. Acessado em 24 de outubro de 2015.

(NEV-USP. Pesquisa Prisão provisória e lei antidrogas no Brasil: identificando os obstáculos e oportunidades para maior eficácia. São Paulo: NEV-USP/Open Society

Institute), Disponível em <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/nev-prisao-provisoria-e-lei-de-drogas.pdf> Acesso no dia 03 de outubro de 2015.