

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR RELATIVO À PROVA  
TESTEMUNHAL POLICIAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE  
ACERCA DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE  
JANEIRO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

**MAYCOM DANTAS DA SILVA**

**Rio de Janeiro  
2019 / 2º semestre**

**MAYCOM DANTAS DA SILVA**

**A NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR RELATIVO À PROVA  
TESTEMUNHAL POLICIAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE  
ACERCA DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE  
JANEIRO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora**

**Rio de Janeiro**  
**2019 / 2º semestre**

## CIP - Catalogação na Publicação

S586n Silva, Maycom Dantas da  
A necessidade de atribuição de valor relativo à prova testemunhal policial no processo penal - uma análise acerca da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro frente às violações dos direitos e garantias fundamentais / Maycom Dantas da Silva. - Rio de Janeiro, 2019.  
80 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Princípios e Regras Constitucionais e Processuais Penais. 2. Prova Testemunhal Policial. 3. Presunção de Veracidade dos Atos Administrativos. 4. Parcialidade e Valoração Probatória. 5. Súmula 70 TJ RJ . I. Hora, Nilo César Martins Pompílio da, orient. II. Título.

**MAYCOM DANTAS DA SILVA**

**A NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR RELATIVO À PROVA  
TESTEMUNHAL POLICIAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE  
ACERCA DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE  
JANEIRO FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora**

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da banca

\_\_\_\_\_  
Membro da banca

Rio de Janeiro  
2019 / 2º semestre

## AGRADECIMENTOS

Quando ingressei na Universidade, sabia que esta poderia mudar minha vida, mas não imaginei que o fosse de uma maneira tão intensa. Os desafios que surgiram perante a graduação foram imensos, foi muito difícil chegar até aqui, muito mesmo! Mas tive apoio de pessoas maravilhosas que me ajudaram a cruzar a linha de chegada, me ajudaram a vencer todos estes desafios. Que sorte a minha de ter vocês e por isso me sinto na obrigação de deixar meus agradecimentos aqui.

Primeiramente, agradeço Papai do céu e aos meus pais: minha mãe Alessandra Cristina da Silva e meu pai Luciano Oliveira Dantas da Silva. Vocês foram a minha base nessa empreitada e hoje eis me aqui, um advogado. Obrigado por acreditarem em mim e por todo apoio necessário. Falando em família, não poderia deixar de citar aqui a minha. Obrigado por todo apoio. Todos (as), cada qual a sua maneira, tem sua participação nisto e devidamente representados aqui. Mas gostaria de mencionar especificamente aqueles que tiveram que aturar as minhas inúmeras ausências, e mesmo assim, me apoiaram como nunca: Nilza Marini, Washington Lopes, Andreia Cristina, Gleicy, Vitor Hugo Junior, Giovanni Marini e Jean Marini.

Posto isso, não poderia deixar de expressar meu sentimento de gratidão pelas amigas incríveis ao qual tive o prazer de receber no decorrer da graduação. Aos meus presentes da UFRRJ e da Gloriosa Nacional de Direito da UFRJ: Ana Beatriz Amâncio, Evelyn Machado, Gustavo Sequeira, Thais Damm, André Roppa, Letícia Shubert, Maria Eugênia, Jean Souza, Lucas Ribeiro, Raíssa Maria, Millena Montez, Rodrigo Machado, Ana Beatriz, Juliana Ribeiro e Adrienny Balbino. Esta última, responsável por me apresentar a pessoa que deixei para falar por último, propositalmente, para encerrar com chave de ouro, chega mais Maria Helena Passos. Minha vida mudou completamente quando a conheci. De minha caloura, você se tornou minha amiga por dois anos e – após isto- minha namorada. Obrigado por ter sido tão parceira, ter me entendido e ser essa mulher maravilhosa.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise acerca da prova testemunhal policial e o seu valor no processo penal. Essa discussão se torna necessária uma vez que tem sido atribuído uma valoração absoluta para este meio de prova, colocando sobre ele uma presunção de veracidade, tomando-o como verdade absoluta em detrimento da palavra do acusado. Nesse sentido, buscando-se uma análise mais específica, procurou-se restringi-la no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e aferiu-se que a súmula 70 TJ RJ é que tem fundamentado este posicionamento majoritário das câmaras criminais do referido tribunal. Todavia, este posicionamento ocasiona diversas violações aos princípios e regras constitucionais e aqueles dispostos no CPP, aos quais objetivam atenuar a disparidade existente entre os sujeitos processuais. Assim, é notório que o Estado tem poder dever de punir um infrator, mas deverá o fazer de acordo com o devido processo legal, de acordo com os princípios e regras atinentes ao fato. Mas ao dar esta valoração absoluta, sob a mantra desta possível presunção de veracidade do meio de prova, acaba por violar estes princípios e regras, exacerbando a disparidade entre as partes, indo no caminho contrário daquele proposto pelo constituinte de 1988, conforme será demonstrado a seguir.

**PALAVRAS-CHAVE:** PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIIS; PROVA TESTEMUNHAL POLICIAL; PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS; PARCIALIDADE E VALORAÇÃO PROBATÓRIA; SÚMULA 70 TJ RJ.

## **ABSTRACT**

This work aims to analyze the police testimonial evidence and its value in criminal proceedings. This discussion becomes necessary since an absolute valuation has been attributed to this evidence, placing upon it a presumption of truth, taking it as absolute truth to the detriment of the accused's word. In this sense, seeking a more specific analysis, it was sought to restrict it within the scope of the State of Rio de Janeiro and it was verified that the precedent 70 TJ RJ is that has based this majority position of the criminal chambers of the said court. However, this position causes several violations of the constitutional principles and rules and those disposed in the CPP, which aim to mitigate the disparity between procedural subjects. Thus, it is clear that the State has the power to punish an offender, but it must do so in accordance with due process of law, in accordance with the principles and rules pertaining to the fact. But in giving this absolute valuation, under the mantra of this possible presumption of veracity of the evidence, it violates these principles and rules, exacerbating the disparity between the parties, going in the opposite direction of that proposed by the 1988 constituent, as will be shown. Follow

**Keywords:** CRIMINAL CONSTITUTIONAL AND PROCEDURAL PRINCIPLES AND RULES.; POLICE WITNESS TESTIMONY; PRESUMPTION OF TRUTH OF ADMINISTRATIVE ACTS; PARTIALITY AND PROBATIVE VALUATION; PRECEDENT 70 TJ RJ.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ASPECTOS GERAIS ATINENTES A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL. ....</b>	<b>14</b>
1.1. Princípio do devido processo legal .....	15
1.1.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	16
1.1.2. O princípio da paridade de armas e do favor rei: em busca da efetivação da isonomia no plano material .....	18
1.1.3. Presunção de inocência e a regra do in dubio pro réu .....	19
1.2. Teoria geral da prova: aspectos gerais da teoria da prova no processo penal.....	21
1.2.1. Conceito de prova, suas acepções e aplicabilidade prática no processo penal...21	
1.2.2. Finalidade da prova: a “verdade” no processo penal.....	22
1.2.3. Do princípio da liberdade de provas no processo penal-uma limitação: da vedação das provas ilegais .....	24
1.2.4. Provas ilícitas por derivação.....	26
1.2.5. A prevalência da defesa do réu no processo penal: a possibilidade de utilização das provas ilícitas pelo réu quando este for o único meio de obter sua defesa .....	27
1.2.6. Do ônus da prova: a quem cabe a atitude de provar os fatos que foram alegados no processo penal? .....	29
1.2.7. As etapas atinentes à valoração da prova e os sistemas de sua avaliação. ....	32
<b>2. A PROVA TESTEMUNHAL E AS ESPECIFICIDADES ACERCA DA TESTEMUNHA POLICIAL. ....</b>	<b>35</b>
2.1. Aspectos gerais da prova testemunhal. ....	35
2.2. O cuidado exigido no que cerne ao valor atribuído para com a prova testemunhal ..	39
2.3. A prova testemunhal policial: a problemática atinente a sua parcialidade e valoração no processo penal.....	41
2.3.1. Do não impedimento à admissibilidade da prova testemunhal policial no processo penal. ....	43
2.3.2. A questão da parcialidade direta da testemunha policial.....	45
2.3.3. A questão da parcialidade indireta: as falsas memórias. ....	48
<b>3. A EXARCERBAÇÃO DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PROVA TESTEMUNHAL POLICIAL E A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....</b>	<b>51</b>
3.1. A prova testemunhal policial: um valor absoluto ou relativo? .....	52



3.2. A súmula 70 TJ/RJ e o valor absoluto atribuído por este tribunal a prova testemunhal policial. ....	55
<b>4. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO QUE TANGE A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL POLICIAL E A SÚMULA 70 TJ RJ: AFASTABILIDADE DOS PRECEITOS ADMINISTRATIVOS E UMA VALORAÇÃO RELATIVA A ESTE MEIO DE PROVA QUE SE IMPÕE. ....</b>	<b>62</b>
4.1. A não (!) presunção de veracidade no que tange ao depoimento policial no processo penal sob pena da não concretização do princípio da isonomia substancial e da paridade de armas. 62	
4.2. A não (!) presunção de veracidade no que tange ao depoimento policial no processo penal sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e da consequente regra do in dubio pro réu. ....	64
4.3. Da violação às regras expressas no código de processo penal.....	68
4.3.1. Da violação a regra da vedação de sentenças condenatórias exclusivamente com os elementos investigativos. ....	68
4.3.2. Da violação à regra processual penal acerca do ônus da prova.....	69
4.4. Do conflito entre os princípios: técnica da resolução direcionada para com prevalência da essência constitucional .....	71
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

Aury Lopes Jr leciona que o processo penal é uma tentativa de retrospectiva de um fato pretérito no agora, no presente. Nas palavras do autor: “O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”<sup>1</sup>.

Assim, pode-se inferir que o processo penal teria uma finalidade de funcionar como uma espécie de máquina do tempo, a fim de conseguir transportar um fato pretérito para o agora, para o presente. E, o que funcionaria como uma alavanca para esta possível transportação do fato passado, é o que se denomina de provas no processo penal. Esta, nas palavras do referido autor “são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”<sup>2</sup>. Deste modo, percebe-se a importância da prova no processo penal, uma vez que será o maior método da tentativa de maior aproximação<sup>3</sup> do magistrado para o possível fato ocorrido, além de servir como o fundamento<sup>4</sup> para prolação de sua decisão.

Nesta perspectiva, é que se adentra na temática em discussão deste trabalho, qual seja, a prova testemunhal policial. A prova testemunhal, por si só, já apresenta uma fragilidade imensa no que tange a sua eficácia, o que acaba por corroborar o paradoxo inerente a isto, conforme ressalta Aury:

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira- em regra- tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. **Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas**<sup>5</sup> (grifo nosso).

---

<sup>1</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 355

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Como se verá mais adiante, esta verdade é aproximativa.

<sup>4</sup> Toda decisão precisará ser fundamentada, sob pena de nulidade, conforme expõe o artigo 93, Inciso IX da Constituição Federal de 1998, sendo esta: “ IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>5</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. p. 474-474

Ainda nesta seara, é válido destacar que “a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro, e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável”.<sup>6</sup>

No que tange especificamente à prova testemunhal policial, os problemas apresentados por este meio de prova são variáveis, mas perpassam – principalmente- pela questão da parcialidade e das falsas memórias, o que poderá ocasionar em erros técnicos e -também- erros propositais a fim de manipular o contexto fático para se alinhar a melhor decisão para a parte, conforme ressalta Tourinho Filho <sup>7</sup>(...) Se participou do ato, é até natural que se possam ocorrer distorções no fato relatado com o intuito de legitimar a ação desenvolvida(...).”

Em que pese a fragilidade da prova testemunhal policial, este meio de prova- no Estado do Rio de Janeiro- está sendo valorado de uma forma absoluta, tendo em vista o entendimento sumulado do TJ RJ expresso na súmula 70 que carrega consigo o seguinte teor textual “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.<sup>8</sup> Esta, apesar de não prevê expressamente uma presunção de veracidade e uma consequente valoração absoluta deste meio de prova, está sendo interpretada como se assim o tivesse dito, uma vez que as câmaras criminais do referido tribunal estão fundamentando seus acórdãos com base somente na testemunha policial que estava presente no momento do possível fato delituoso, dando assim uma presunção de veracidade/legalidade para este depoimento. Como se verá ao longo deste trabalho, um dos grandes fundamentos disto é o fato de o policial ser um agente a serviço do estado e, com isto, qualquer ato seu ser considerado um ato administrativo, gozando – assim- de fé pública<sup>9</sup>.

Entretanto, este contexto fático acaba por violar os anseios constitucionais- materializados em seus princípios- no que tange a atenuação acerca da disparidade existente entre o poder estatal, exercido através da persecução penal e a parte mais frágil desta relação,

<sup>6</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 2016 Op. Cit. p. 496

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Direito Processual Penal**. 32ª ed. Saraiva 2010. Pag. 609

<sup>8</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>> Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>9</sup> Entende-se por fé pública “(...) uma característica inerente a todo ato administrativo, que goza de presunção de legitimidade, estando apto a produzir seus efeitos enquanto não for declarada sua invalidade” (Freitas 2012, p.287 apud SMITH, Virgínia Luna; SILVESTRE, Neftys Nery. Fé pública x Presunção de não culpabilidade nos crimes afetos à lei 11.343/06. In: **Revista Duc in Altum n. 21(jan/jun 2019)**. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/4680139/f%C3%A9-p%C3%BAblica-x-presun%C3%A7%C3%A3o-de-n%C3%A3o-culpabilidade-nos-crimes-afetos-%C3%A0-lei-4.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2019)

qual seja, o acusado, o réu. Este, é claramente inferior a toda estrutura de acusação do estado inculpada na figura do Ministério Público<sup>10</sup>. Como se demonstrará no decorrer deste trabalho, buscando essa finalidade de atenuação da disparidade existente entre os sujeitos processuais, o Constituinte de 1988 e algumas regras expressas no CPP, impuseram diversos princípios e regras para tal, mas, com esta transportação dos conceitos administrativistas de fé pública e presunção de veracidade dos atos administrativos para com o processos penal, e a conseqüente edição da súmula em questão, somado ao entendimento das câmaras criminais do TJ RJ para com a valoração absoluta da prova testemunhal policial, acabara por ir no caminho contrário aquele proposto pela constituição federal 1998.

Desse modo, torna-se evidente a motivação acerca do presente trabalho no que tange uma problematização acerca deste cenário exposto, qual seja, de valoração absoluta da prova testemunhal policial e a conseqüente atribuição de presunção de veracidade dos seus depoimentos, isto é, se o agente policial narra um fato x e o acusado rebate totalmente esta narrativa, e este dois depoimentos são os únicos meios de prova apresentados aos autos, o TJ RJ tem dado prevalência a fala do agente policial e condenando o réu, mesmo com toda parcialidade intrínseca a ambos. Isto acaba por ocasionar uma série de violações acerca de princípios, direitos e regras no que tange ao acusado, motivo pelo qual fundamenta a defesa deste trabalho por uma valoração relativa deste meio de prova, conforme será exposto no decorrer do mesmo.

Para a sua abordagem, o presente trabalho vai se basear em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Analisar-se-á, em primeiro lugar, os princípios e regras da teoria geral da prova que reforçam o caráter mais direcionado para com o réu, tendo em vista sua posição mais frágil na dinâmica processual. Posto isso, adentrar-se-á na seara da prova testemunhal. Nesse tocante, serão tecidos comentários gerais sobre estas para, posteriormente, tratar-se, especificamente, da prova testemunhal policial. Nesta, focar-se-á na questão da parcialidade inerente a atividade funcional. Após isso, perpassar-se-á pelo valor que o poder judiciário vem sendo atribuído para este meio de prova, ou seja, quando. E é neste contexto que se entrará na súmula 70 TJRJ, onde se debaterá acerca desta valoração e fundamentação que as câmaras criminais- do mencionado

---

<sup>10</sup>O estado detém o poder de punir aquele que infringiu a norma. Para isto, conferiu ao Ministério Público este poder dever de ser titular a ação penal pública. Porém, deverá fazê-lo de acordo com as regras estabelecidas previamente, como seguimento ao princípio do devido processo legal. Desta forma, ao conferir o poder de punir ao Estado, o Ordenamento Jurídico também o limitou, através da observância das regras impostas para tal, regras estas que são materializadas nos princípios que serão objeto de análise deste trabalho.

tribunal- vem atribuindo para este meio de prova. Por fim, já no capítulo final, adentrar-se-á na grande questão que este trabalho busca responder, qual seja, o binômio em questão: as prerrogativas dos agentes policiais vs. os princípios, direitos e garantias do acusado. Assim, o objetivo da presente monografia é perquirir o seguinte problema de pesquisa: como solucionar o conflito existente entre as prerrogativas do agente policial e os direitos e garantias individuais do acusado?

## 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ASPECTOS GERAIS ATINENTES A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Como visto na introdução, o processo penal tem por finalidade uma retrospectiva de um fato pretérito objetivando-se a punição daquele indivíduo que infringiu a norma. E, para isto, o Estado entra em ação, visto que é este que detém o poder-dever<sup>11</sup> de aplicar a punição imposta no tipo penal para com a norma que fora infringida. No entanto, para que assim o faça, deverá observar uma série de princípios e regras<sup>12</sup> para que possa efetuar o seu *Ius Puniendi*<sup>13</sup>. E é neste sentido que se adentra no tema deste capítulo. Primeiramente, é preciso uma conceituação acerca do que se entende por princípios e toda sua importância para com o Ordenamento Jurídico. Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(...) são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.<sup>14</sup>

O ilustre ministro é preciso em suas palavras ao colocar os princípios no ápice do ordenamento jurídico, uma vez que estes apresentam uma condição de personificação do mandamento maior do estado brasileiro, qual seja, da Constituição Federal. Desta forma, é preciso que se observe todas as suas minúcias, sob pena de violação, de pôr em xeque os valores impostos no ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>11</sup> Marco Antonio de Barros explicita que este poder-dever está fincado no princípio da obrigatoriedade da Persecução Penal. Nas palavras do autor: “(...) O Estado Monopoliza a execução da persecução penal. Seus órgãos representativos estão incumbidos dessa função e são automaticamente obrigados a cumprir o dever de perseguir e punir os infratores da lei. Sendo assim, o princípio da obrigatoriedade atua como consequência indissociável do poder-dever atribuído ao Estado. (BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal**: da investigação até a sentença. Curitiba: Juruá, 2019, p. 40)

<sup>12</sup> Robert Alexy faz a distinção acerca de regras e princípios. Esta distinção é de suma importância para entendimento de um dos assuntos finais do presente trabalho. Nesse sentido, vale destacar essa diferenciação: “Para Alexy, o ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos.

(AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas**. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf)> Acesso em 15 nov. 2019).

<sup>13</sup> “*Ius puniendi*” é o direito de punir do Estado, que nasce a partir do momento que um indivíduo infringe uma norma, transformando assim em direito concreto por parte do estado de aplicar sobre ele o preceito secundário do tipo penal infringido, qual seja, a pena imposta.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

Assim, há inúmeros destes princípios ao longo da legislação brasileira, mas – com propósito de se ater o máximo possível ao tema deste trabalho- se falará mais especificamente daqueles que são inerentes ao assunto em debate.

### 1.1. Princípio do devido processo legal

O devido processo legal é um princípio chave no que tange as funções do processo, uma vez que acaba por funcionar como um o fundamento direto de necessidade da observância obrigatória no que tange os demais princípios e regras processuais. Conforme previsão expressa da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal**<sup>15</sup> - grifo nosso

Tomando-se o teor do artigo acima, percebe-se que – na seara do processo penal, por exemplo- para que o estado exerça a imposição do preceito secundário do tipo penal, deverá o fazer de acordo com as regras que já foram impostas antes mesmo da infração ser cometida, ou seja, há um devido processo legal que deverá ser necessariamente observado. Isto é, por conta de sua existência, ao ser exercido, automaticamente se estará exercendo os demais. Nesta linha, Marco Antonio de Barros<sup>16</sup> leciona o definindo como “sendo o princípio dos princípios constitucionais”<sup>17</sup>. Nesta perspectiva, Eugênio Pacelli<sup>18</sup>, nas suas brilhantes lições, coloca o mencionado princípio como sendo a materialização de um processo justo, onde se concentra os demais princípios. Assim, o devido processo legal seria o direito do réu de ser processado de acordo com as regras estabelecidas, isto é, de acordo com o juiz natural, com o contraditório e ampla defesa, estado de inocência, da impossibilidade de ser usado contra ele provas ilícitas, dentre outros.

Desta forma, é perceptível a importância acerca do princípio do devido processo legal, visto que este assegura um processo mais democrático, tendo em vista que o mesmo estado que

---

<sup>15</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>16</sup> BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal**. 2019. Op. Cit. p. 508

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>18</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. Ed. rev. Atual e ampliada- São Paulo: Atlas 2018, p. 41.

tem o poder dever de punir, também tem a obrigação de fazê-lo de acordo com as regras, com os princípios já impostos antes mesmo da violação da legislação.

### 1.1.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Ambos os princípios estão expostos na Constituição Federal. Esta, em seu art. 5. inciso LV afirma “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são **assegurados o contraditório e a ampla defesa**, com os meios e recursos a ele inerentes”<sup>19</sup>-grifo nosso.

O primeiro, o contraditório, nas palavras de Nestor Távora “impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual”<sup>20</sup>. Desta forma, seria um duplo direito da parte, qual seja, o de ser informada e de decidir se irá ou não exercer seu direito de atuação- comissiva ou não- para com a informação que fora recebida. Ou seja, busca-se que não exista uma vantagem de X saber algo que Y não saiba, e vice e versa. Assim, se a acusação pratica um ato processual Z, o réu deve ser informado acerca deste. Dessa maneira, seria um duplo direito da parte, qual seja, o de ser informada e de decidir se irá ou não exercer seu direito reagir para com a informação que fora recebida. Isto é, um direito de ser informada de um ato e decidir se quer tomar alguma atitude com relação a este. Assim, nota-se a clara preocupação no sentido de que parte tenha pleno conhecimento do que está acontecendo para com sua pessoa e que a mesma atue- ou não- perante isto.<sup>21</sup>

O segundo, por sua vez, a ampla defesa tem sua relação para com o princípio analisado acima. Neste sentido, segundo Renato Brasileiro de Lima:<sup>22</sup>

<sup>19</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. DF. Op. Cit.

<sup>20</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Osmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13 ed. rev. e atual-Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 75.

<sup>21</sup> Gustavo Henrique Badaró alerta para uma exceção com relação à essa necessidade de informar imediatamente a outra parte acerca de um ato praticado contra esta, materializando esse direito de ser informado, esse contraditório, quais sejam, as provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.página 420).

Nesse sentido, por prova cautelar entende-se aquela que há um perigo no que cerne aquela prova e, por conta disto, serão produzidas de imediato, deixando-se o contraditório para depois, ou seja, em prol do aproveitamento daquela prova, postergar-se o contraditório, o que é chamado de contraditório postergado ou diferido. A prova antecipada, por sua vez, é aquela que é produzida num momento anterior ao devido, ou seja, é antecipada para garantir a sua produção. Por fim, as provas não repetíveis são aquelas que por conta das circunstâncias, uma vez produzida, será muito difícil repeti-la. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm 2017. pp. 585 e 586)

<sup>22</sup> Ibidem. p.54



O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por este se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõe o contraditório- o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio do seu segundo elemento: a reação.

Desta forma, nota-se que a partir do momento que em se cumpre o dever de se assegurar ao réu o direito de ser informado sobre um ato processual praticado que lhe envolve, surge, para ele, a possibilidade de contradizer – ou confirmar- este ato. Nesse contexto, é importante ressaltar que este direito de contradizer o que foi dito, é tão importante que em seu nome já demonstra isso, pois ao afirmar “AMPLA” defesa<sup>23</sup>, a primeira palavra denota um sentido de uma vasta possibilidade de realização da sua defesa (claro que encontrará alguns limites<sup>24</sup>), mas – de uma forma geral- é ampla, extensa, vasta, visando a atenuação da fragilidade em que se encontra a parte acusada. Neste sentido, leciona Nucci: <sup>25</sup>

Ao réu é concedido o direito de ser valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Nessa mesma linha, se posiciona Renato Brasileiro de Lima:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual à acusação, delineando um viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da reformatio in pejus, a regra do in dubio pro reo, a previsão de revisão criminal exclusivamente pro reo, etc. privilégios estes que são reunidos no princípio do favor rei<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Segundo Badaró, o direito de defesa está dividido em dois pilares, quais seja, o direito a autodefesa e o direito a uma defesa técnica. Nas palavras do renomado autor: “O primeiro é exercido pelo próprio réu, pelo próprio acusado. Este direito de autodefesa se subdivide em: o direito de presença, o direito de audiência e o direito de postular pessoalmente. Esse direito de presença é exercido através do comparecimento pessoal do acusado perante as audiências. Por sua vez, o direito de audiência é o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária. Por fim, o direito de postular está presente na possibilidade de recorrer pessoalmente (CPP, art. 577, caput), de interpor habeas corpus ou revisão criminal (CPP, art. 623). O segundo – o direito de uma defesa técnica- por sua vez- deverá ser exercido por um profissional habilitado para o mesmo, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre acusação e a defesa. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p 54).

<sup>24</sup> A não possibilidade, por exemplo, de utilização de provas ilícitas. Mas, como se verá mais a frente, quando este for o único meio de defesa, vai prevalecer o direito a defesa do réu.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86.

<sup>26</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2017 Op. Cit. p. 55

Posto isto, infere-se que ambos apontam para uma prevalência do direito de defesa em contrapartida ao poder de punição estatal. Isto porque o réu encontra-se em posição de inferioridade perante aos órgãos estatais. A partir desta reconhecida posição de fragilidade que se dá ensejo ao estudo dos demais princípios em análise.

#### 1.1.2. O princípio da paridade de armas e do favor rei: em busca da efetivação da isonomia no plano material

“Tratar os iguais de maneiras iguais e os desiguais de maneira desigual na medida das suas desigualdades” – é a partir desta frase clássica é que vai se desenvolver o estudo sobre este princípio, pois o caput do artigo 5º da Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei, materializando-se – assim- o que se denomina de princípio da isonomia, ou seja, que todos são iguais, devendo-se tratar de maneiras iguais os sujeitos da relação processual. Porém, é necessário se direcionar para além da teoria, para prática também. E, na prática da dinâmica processual penal não é o que se vê, conforme bem explicita Gustavo Henrique Badaró:<sup>27</sup>

É de reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se coloca em uma posição de desvantagem na fase de investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes de provas. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais, estruturadas para tanto. Por outro lado, a defesa deve desenvolver sua investigação com as próprias forças. O problema se mostra ainda mais sensível ao se considerar que a imensa maioria dos acusados e investigados no processo penal é pobre e não tem condições de desenvolver qualquer atividade investigativa (...)

(...) a realidade demonstra, de forma incontestada, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há o Estado, com todo seu poder e aparato oficial, e do outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase de mera sujeição. **Não basta, pois, a mera igualdade formal. Deve ser buscada igualdade substancial.** É insuficiente proclamar que todos são iguais. **É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade.** Grifos nossos.

E é nesta diapasão, na busca pela igualdade material, que infere-se que essa igualdade prevista no caput do mencionado artigo é apenas no que tange a igualdade formal, que não se configura na prática, tendo em vista todo o aparato estatal no que tange a persecução penal, fazendo com que o réu se torne uma parte mais frágil no processo. Percebendo isto, a constituinte de 1988 se preocupou em atenuar esta disparidade e, é neste sentido que se adentra na seara do Favor Rei. Este pode ser entendido como a atitude vislumbrada pelo estado a fim de atenuar a disparidade existente entre os sujeitos processuais. Neste sentido, Marco Antonio

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. pp. 55 e 56.

de Barros (2019. Página 70) leciona que este princípio traz em seu bojo uma série de benefícios processuais a favor da parte mais vulnerável, a favor do réu. Dentre esses benefícios, pode-se citar como exemplo o Art. 2º do Código Penal, onde está expresso que a lei penal não retroagirá. Porém, impõe uma exceção em seu parágrafo único, qual seja, quando esta beneficiar o réu, tornando-se evidente- assim- o reconhecimento do estado acerca da condição de fragilidade do acusado frente o poder estatal, demonstrando claramente este viés de atenuação no que tange a disparidade existente entre os sujeitos processuais. No sentido dessa prevalência, vale mencionar as palavras de Fernando Capez<sup>28</sup>, quando o mesmo leciona sobre o princípio do favor rei: **“a dúvida sempre beneficia o acusado. Se houve duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu por insuficiências de provas (...)”** (grifo nosso).

Desta forma, infere-se esse reconhecimento estatal no que tange a inferioridade do réu perante o estado, no que tange o seu direito de defesa e, para isto, a Constituição Federal trouxe esses benefícios processuais, materializando –se assim na figura do favor rei, na efetivação não só da isonomia formal, não só do teor teórico do art. 5, mas sim em busca da efetivação da isonomia material, substancial, com a finalidade de dar uma paridade de armas para os sujeitos da relação processual. E, é neste contexto que se adentra na seara do próximo princípio a ser analisado.

### 1.1.3. Presunção de inocência<sup>29</sup> e a regra do in dubio pro réu

De acordo com o que fora posto no princípio anterior, o favor rei é o instrumento pelo qual o estado impõe que entre uma dúvida acerca do seu poder dever de punibilidade e a defesa no que cerne ao bem jurídico da liberdade do acusado, deve-se optar por este último, dando ensejo- assim- a regra do In dubio pro reo. Porém, antes de falar deste, é preciso tecer comentário ao que da vida a todos estes, qual seja, o princípio da presunção de inocência. Este impõe que sob toda pessoa recaí um estado de inocência, ou seja, toda e qualquer pessoa está moldurada pelo estado de inocência, é um estado inerente a qualquer pessoa, inclusive aquele for acusado. O mencionado princípio é considerado- por Aury Lopes Júnior<sup>30</sup> como sendo o

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª.ed- São Paulo: Saraiva, 2014. p.79.

<sup>29</sup> Gustavo Badaró alerta para possibilidade de utilização da expressão “presunção de não culpabilidade”, o que, segundo este, não altera o teor do mencionado princípio. Nas palavras do autor: “Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente semânticas de um idêntico conteúdo (...)” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 57).

<sup>30</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. p. 95

princípio reitor do processo penal. Com relação a sua previsão, está expressa – destacando-se as mais importantes- na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e no Pacto San José da Costa Rica<sup>31</sup> (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) que prevê em seu artigo 8º (2) que “toda pessoa acusada de delito **tem o direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa**”<sup>32</sup> (grifo nosso).

Posto, isto, extrai-se que réu tem o direito de ser tratado como inocente até que se prove cabalmente ao contrário, depois de uma sentença penal condenatória transitada em julgado<sup>33</sup>, materializando-se num dever de tratamento para com este. Aury Lopes Junior<sup>34</sup>, afirma ser um dever de tratamento externo e interno. Nas palavras do autor:

**Externamente ao processo**, a presunção de inocência exige uma proteção contra publicidade abusiva e estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto- inicialmente- **ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador** (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) **eis que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição** (..) (grifos nossos).

Na primeira, há uma preocupação com relação aos estigmas advindos do processo penal. Ora, o acusado é presumidamente inocente e – até que se prove ao contrário- é necessário que se proteja esta condição. Para isto, impõe-se este dever em torno da sociedade, por exemplo, que deverá trata-lo como inocente, tendo em vista seu estado inerente a ele.

Já com relação à dimensão interna, o primeiro grifo- chama a atenção para com o dever de o acusador provar o que fora alegado por ele, visto que o réu não tem o dever de provar nada, tendo em vista seu estado de inocência. Gustavo Henrique Badaró<sup>35</sup> o coloca como a regra probatória advinda da presunção de inocência. Neste caso, o que se corrobora para com a regra no que cerne a este dever de provar, conforme se verá mais adiante no tópico de ônus da prova.

<sup>31</sup> Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em 15 nov. 2019.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Em que pese a questão da discussão no STF acerca da possibilidade de prisão após julgamento em segunda instância. Este trabalho não adentra neste tema.

<sup>34</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. pp. 96-97

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p.57.

O segundo, por sua vez, impõe que caso paira a dúvida no magistrado, caso a prova não seja suficientemente para colocar sob ele a certeza da autoria do fato, este deverá decidir pela absolvição do réu, dando ensejo assim a regra do *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida deve-se decidir em favor do réu, até mesmo como uma determinação do princípio do favor rei.

Em suma, o princípio da presunção de inocência e do conseqüente *in dubio pro reo* confere a todo o indivíduo este direito de ser considerado presumidamente inocente, até que se prove o contrário, ou seja, que se prove sua culpa. E, aí é que se adentra na seara do *in dubio pro reo*, pois caso não fique cabalmente comprovada esta culpa, ter-se-á – o magistrado- que se decidir em favor da parte mais frágil, em favor do réu, sob pena de violação dos determinados princípios. Porém, como se verá neste trabalho, mais especificamente, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, não se está seguindo isto, pelo contrário, o que tem acontecido é uma aversão a estes, uma vez que se está usando a súmula 70 do TJ RJ como fundamento para que se possa reverter os mandamentos em questão. Porém, antes de adentrar especificamente neste tema, é necessário perpassar pela parte da teoria geral da prova, a fim de se entender que esta- em atenção a estes princípios constitucionais, também tem como objetivo uma atenuação da disparidade existente entre o estado acusador e o acusado, conforme será demonstrado a seguir.

## 1.2. Teoria geral da prova: aspectos gerais da teoria da prova no processo penal

Neste tópico, buscar-se-á perpassar pelos principais temas da teoria geral da prova, tendo em vista sua importância para compreensão deste trabalho. Assim, primeiro se conceituará a prova passando também pela sua principal finalidade. Após isto, se adentrará na seara acerca de até que ponto se poderá ir para busca desta prova, uma vez que está encontra limites legais. Por falar em limite para sua produção, a quem cabe este dever de provar algo? Posto isso, chega-se ao seguinte questionamento: esta prova tem valor? Se sim, quem dará este valor para ela? E como fará isto? É elucidando estes conceitos e respondendo estes questionamentos que se perpassará este tópico.

### 1.2.1. Conceito de prova, suas acepções e aplicabilidade prática no processo penal

A palavra prova, na seara processual penal, pode ser definida como os meios utilizados pelas partes objetivando a elucidação de um fato que fora levado ao poder judiciário, e- assim-

ajudá-lo na sua convicção para decidir sobre este episódio relatado na peça inicial acusatória. A título de maior elucidação, buscando aplicar este conceito numa sequência lógica, faz-se mister as lições de Gustavo Henrique Badaró<sup>36</sup> acerca disto. Este, leciona a existência de três acepções acerca da prova na dinâmica processual, sendo estas: Atividade probatória, meio de prova e o resultado probatório. A primeira, tem como escopo as condutas comissivas<sup>37</sup> das partes para influenciar no convencimento do magistrado, deixando-o mais próximo possível do fato delituoso que possivelmente fora praticado pelo réu. Este objetivo, de maior aproximação possível do fato que fora levado até poder público, será concretizado através dos meios de prova<sup>38</sup>, isto é, são os instrumentos considerados de suma importância- para as partes- que são levados para o juízo aferir seu valor correlacionando-os para com o fato que fora alegado, ou seja, são os meios que servem de ponte para que se perpassem os acontecimentos outrora para o agora, para o presente. Por fim, chega-se no resultado probatório, ou seja, qual foi o grau de convencimento que a atividade realizada pelas partes, levando os meios de prova para o processo, gerou no magistrado<sup>39</sup>. Isto é, a convicção do juízo acerca do binômio em jogo no processo, qual seja, a ocorrência alegada e a atividade probatória realizada pelas partes a fim de sustentar ou descaracterizar o fato.

Em suma, a partir de uma denúncia ou queixa crime, inicia-se a persecução penal, oficialmente – com a presença do réu- objetivando esclarecimentos e a veracidade sobre o que foi relatado na peça inicial. É nesse contexto que entra a palavra prova no processo penal, com o objetivo de elucidação dos fatos perpassando pela atividade probatória realizada pelas partes para esse esclarecimento, além dos meios que serviram de base para isto e, por fim, o resultado acerca desse percurso que fora realizado, chegando-se à convicção do magistrado para com o que fora alegado e feito no processo.

### 1.2.2. Finalidade da prova: a “verdade” no processo penal

Posto o conceito de prova no processo penal e as distinções entre alguns de seus termos frequentemente utilizados na dinâmica processual, é de suma importância tecer comentários acerca do seu objetivo, qual seja, o de influenciar na convicção do magistrado no que cerne a

<sup>36</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. pp. 381 e 382

<sup>37</sup> Renato Brasileiro coloca essa conduta comissiva de atividade probatória como sendo um direito das partes de influenciar na decisão do magistrado. Mas este direito encontra limites, como se verá mais adiante.

<sup>38</sup> O Código de Processo Penal divide estes meios de prova em espécie, como se verá mais adiante.

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. pp. 381 e 382

decisão que será proferida diante dos fatos levados até ele e, também, da atividade probatória exercida pelas partes envolvidas no processo, objetivando alcançar a verdade acerca do que fora relatado na ação penal ou queixa crime. É de suma importância ressaltar que esta verdade não é absoluta, isto é, não é possível ter certeza acerca de um fato pretérito, pois não tem como transportá-lo para o futuro para que assim se tenha certeza de todo o acontecimento, de todas as suas minúcias, seus detalhes. Nesse sentido, Gustavo Badaró trata do tema com propriedade:

Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é preferível entre as possíveis.<sup>40</sup>

Desse modo, percebe-se que o que se busca é uma verdade que seja mais próxima possível do acontecimento pretérito e o mais importante: que se busca uma verdade que esteja de acordo com o devido processo legal, ou seja, de acordo com as regras e princípios constitucionais processuais.

Nesse sentido, é importante abrir um espaço para tecer comentários acerca da distinção entre verdade real/material/substancial e verdade processual. A primeira, aproxima-se daquela verdade que muitos acreditam ser a real, ou seja, aquela que de fato aconteceu e que é possível obtê-la. E, por esse “é possível obtê-la”, leia-se: buscá-la a todo custo, até mesmo passando por cima de direitos e garantias, visto que seria um “bem maior”, no sentido de que o sujeito cometeu um delito, e o Estado tem o direito de puni-lo, nem que para isso tenha que se chegar a violação de determinados direitos e garantias, pois neste confronto, o direito da sociedade de ver alguém que cometeu um delito ser punido estaria em um plano maior que qualquer direito<sup>41</sup>, alinhando-se – assim – ao sistema em que a busca pela verdade legitimava qualquer atuação em prol disto, qual seja, o sistema inquisitório<sup>42</sup>. Por outro lado, a verdade processual é aquela

<sup>40</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 377.

<sup>41</sup> Nessa perspectiva, é notório a aproximação deste fato para com o sistema inquisitório, conforme ressalta Aury: “o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz- ator (inquisidor)”. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 2016. Op. Cit. pp. 386)

<sup>42</sup> Por Sistema Inquisitório aquele ao qual existia uma concentração de poder nas mãos do julgador, ou seja, este detinha o poder de acusar e julgar ao mesmo tempo. Além disso, não existia contraditório e ampla defesa, tendo em vista um bem maior, o de punição do estado em prol daquele que havia infringido à lei. Por outro lado, há o Sistema Acusatório, aquele no qual predomina a separação das funções e conseqüente descentralização do poder,

obtida através do respeito às normas impostas na Constituição Federal e no processo penal, isto é, através do limite acerca da produção das provas, quais sejam, os limites que são materializados nos direitos e garantias das partes. Ou seja, na verdade processual, o fim maior é garantir que o indivíduo seja processado e sentenciado de acordo com todos os seus direitos, a fim de que não repita as atrocidades que acontecera outrora. Assim, nota-se que esta verdade processual, se alinha ao sistema que mais se aproxima do que ordenamento jurídico impõe, qual seja, o acusatório<sup>43</sup>.

Nesse sentido, vale ressaltar que para Aury Lopes Jr vai além do que foi posto até agora, argumenta que até mesmo a verdade processual deve ser questionada. O autor faz questão de frisar que a verdade existe, porém ela não é um fundamento do processo, mas sim o tangencia. Nas palavras do autor:

A decisão Judicial não é a revelação da verdade (**material, processual, divina etc.**) mas um **ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a verdade, muito bem. Importa é considerar que a “verdade “é contingencial, e não fundante.”**<sup>44</sup>- grifo nosso

No mesmo sentido, Aduz Badaró “a busca da verdade não é um fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal”<sup>45</sup>.

Assim sendo, as provas terão como objetivo o papel de aproximar o juiz o máximo possível da veracidade acerca do fato que fora narrado, e assim ajudá-lo a formar a sua convicção sobre a alegação, ocasionando – assim- uma decisão acerca do fato. Decisão esta que deverá ser expressa com total respeito aos princípios que são inerentes as partes.

### 1.2.3. Do princípio da liberdade de provas no processo penal-uma limitação: da vedação das provas ilegais

Como já fora dito, o processo penal é composto por diversos princípios inerentes a ele e ambos devem ser respeitados. Dentre eles está o princípio da liberdade probatória. Entende-se

---

ou seja, existe uma autoridade que acusa e outra diversa- imparcial- que irá julgar esta acusação, observando todos os direitos e garantias daquele acusado no processo penal. Desse modo, diversamente do sistema anterior, há contraditório e ampla defesa da parte que está sendo acusada.

<sup>43</sup> Tendo em vista o propósito deste trabalho, não se adentrará na discussão acerca do modelo de sistema adotado no ordenamento jurídico pátrio, visto que tal assunto é objeto de discussão doutrinária.

<sup>44</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 2016. Op. Cit. pp. 389-390.

<sup>45</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**., 2015. Op. Cit. pp. 381.



por ele a ampla liberdade conferida pelo CPP para com a atividade probatória das partes, ou seja, além das provas nominadas e expressas no CPP, poderá se utilizar daquelas que não estejam lá também, das inominadas, objetivando-se a busca pela verdade, finalidade da prova. No entanto, existe limite acerca disto, isto é, o princípio da liberdade de provas, essa ampla liberdade vai encontrar seu limite no que tange o direito do outro, qual seja, a impossibilidade de utilização de provas ilegais. Dentro deste contexto, Renato Brasileiro de Lima, aponta com precisão:

A discussão em torno da (in) admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídicos está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, em respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, **ainda que em prejuízo a apuração da verdade**<sup>46</sup> (grifo nosso).

Nessa perspectiva, o autor expõe a discussão em torno das provas obtidas por meios ilícitos, isto é, apresenta a problemática atinente a persecução penal, qual seja, a busca pela verdade em contraponto aos direitos e garantias fundamentais. Pois, se admitida fosse, estaria passando por cima destes, o que é vedado. E é neste contexto que se adentra na temática das vedações das provas ilegais<sup>47</sup>. A Constituição Federal traz esse tema como uma garantia fundamental dos indivíduos, como se pode extrair do Artigo 5º, inciso LIV, da CF 1988: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”<sup>48</sup>. Na mesma toada, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, caput, aduz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”<sup>49</sup>.

Desse modo, ter-se-ia de um lado a busca insaciável pela verdade- através da possível admissibilidade das provas ilegais- e do outro a limitação imposta acerca desta busca pela veracidade dos fatos, sob pena de violação dos direitos e garantias fundamentais. De acordo com os artigos acima expostos, há prevalência por esses direitos e garantias, ou seja, os artigos mencionados funcionando como uma limitação à atividade probatória realizada pelas partes. Renato Brasileiro de Lima ressalta que essa limitação ao direito à prova está de acordo para

<sup>46</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2017. Op. Cit p. 623.

<sup>47</sup> Vale destacar uma divisão doutrinária acerca da divisão deste assunto: Apontam a Prova Ilegal como sendo uma espécie que se divide em dois gêneros: provas ilícitas e provas ilegítimas. As primeiras são aquelas que acabam por violar uma norma de direito material, ou seja, acaba por violar, por exemplo, uma disposição expressa no Direito Penal. Por outro lado, a prova ilegítima é aquela que viola normas do Direito Processual Penal.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF. Op. Cit.

<sup>49</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 11 nov. 2019.

com o Estado Democrático de Direito, ou seja, para o mencionado autor, a descoberta da verdade não pode ser feita passando por cima de Direitos fundamentais. Nas palavras dele:

Mas por que se vedar a utilização da prova ilícita no processo? Aos olhos do leigo, soa desarrazoado permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido obtida por meios ilícitos. Para ele, os fins justificam os meios. Não obstante tão visão (equivocada), em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. **Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol de um ideal maior de processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo** <sup>50</sup>(grifo nosso).

Como foi bem destacado pelo autor citado acima, não interessa o conteúdo da prova, se ela – de fato- comprova culpa de alguém, se ela violar o direito, não poderá ser admitida e valorada pelo juízo, com exceção de uma situação: quando funcionar como um único meio de defesa para o réu, uma vez que este tem direito constitucional da ampla defesa, como será discutido no tópico próprio mais adiante.

#### 1.2.4. Provas ilícitas por derivação

A preocupação em não permitir que a busca pela verdade material sobressaia no que cerne a direitos e garantias fundamentais é tão grande que a vedação foi além de somente provas ilegais, mas sim também aquelas que derivam destas. Ou seja, se por acaso uma parte – para tentar burlar a regra da vedação de provas ilegais- se utilizasse desta para chegar à uma prova aparentemente legal, não poderia utilizá-la, visto que teve origem diretamente de uma prova ilegal<sup>51</sup>. Nessa perspectiva, o CPP traz a seguinte redação no seu artigo 157, e seus parágrafos, *in verbis*:

Artigo 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>50</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**.2017. Op. Cit. p. 620.

<sup>51</sup> Neste sentido, vale mencionar que tal fato é também conhecido como a Teoria da Arvore dos frutos envenenados. Sobre esta, ressalta Nestor Távora: “Por esta teoria, de origem da Suprema Corte norte-americana, a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Assim, diante de uma confissão obtida mediante tortura, prova embrionariamente ilícita, cujas informações deram margem a uma busca e apreensão formalmente íntegra, é imperioso reconhecer que esta busca e apreensão está contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Osmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 2018. Op. Cit. pp. 626-627)

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independentes das primeiras.

§ 2º- Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os tramites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º- Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.<sup>52</sup>

Este artigo sintetiza o que foi dito até agora sobre prova ilícita por derivação. No entanto, ele vai além, mencionando –também- exceções à esta regra, quais sejam: Teoria da Prova Independente e Teoria da Descoberta Inevitável. Nesse sentido, a primeira- a Teoria da Prova Independente- é aquela ao qual preconiza que num cenário onde coexistam duas fontes de provas – uma ilícita e outra lícita- se a lícita for totalmente independente da ilícita, aquela será considerada válida, tendo em vista não haver ligação alguma entre estas, considerando assim não haver a contaminação da ilicitude. Por outro lado, a Descoberta Inevitável é aquela prova que seria conseguida de qualquer maneira, isto é, independentemente da prova ilícita, visto que não teria relação com ela.

#### 1.2.5. A prevalência da defesa do réu no processo penal: a possibilidade de utilização das provas ilícitas pelo réu quando este for o único meio de obter sua defesa

Antes de adentrar neste tema especificamente, é necessário perpassar por algumas recordações basilares da dinâmica processual penal. Como já fora mencionado no capítulo introdutório deste trabalho, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal estipularam princípios e regras atinentes ao réu, através do qual se garante direitos e garantias para este, tendo em vista sua condição de parte mais frágil do processo. Quando digo parte mais frágil, é no sentido de que a sociedade- através do Estado- tem todo arcabouço técnico, acusatório elevado, se comparado com a parte do polo passivo. Assim, a CF e o CPP aparecem como uma limitação ao poder punitivo do Estado e o faz dando direitos e garantias a parte contrária. Posto isso, pode-se inferir que estes diplomas funcionam como um meio pelo qual se busca uma equidade mais efetiva entre as partes do processo.

---

<sup>52</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.Op. Cit.

Neste sentido, quando se adentra na seara da vedação das provas ilícitas, nota-se que esta impõe uma limitação na busca de provas, na atividade probatória, isto pelo fato de que a verdade é aquela ao qual se demonstra nos autos do processo de acordo com a respeitabilidade no que tange aos princípios e direitos fundamentais e processuais. Ou seja, não é admissível uma prova que venha a violar estes. No entanto, como foi mencionado no final do tópico acima (1.2.3), existe uma exceção, qual seja, a possibilidade de utilização desta prova ilícita quando esta for o único meio de defesa do réu. Para fundamentação disto, leva-se em conta todo contexto ora apresentado – de fragilidade do réu no que tange a efetivação da sua defesa, perante a parte acusatória- e, além disso, o princípio da proporcionalidade, nas palavras de Aury Lopes Junior:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade pro reo, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)<sup>53</sup>

Neste mesmo sentido, Aduz Renato Brasileiro de Lima:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LVI) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí porque não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova <sup>54</sup>

Por outro lado, Paulo Rangel<sup>55</sup>, além de concordar com o posicionamento ora descrito, acrescenta que o réu se defendendo através de uma obtenção de uma prova ilícita estaria amparado pelo estado de necessidade, caracterizando assim a exclusão da ilicitude, de acordo com as matérias atinentes a teoria geral do delito. Nesse contexto, nas palavras do autor:

Nesse sentido, surge em doutrina a chamada teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante

<sup>53</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2016.Op. Cit. p. 411.

<sup>54</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2017.Op. Cit. p. 642.

<sup>55</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 489.

Em suma, há dois modos de defesa para utilização da prova ilícita: um levando em conta o princípio da proporcionalidade que é materializado na medida em que num conflito de bens jurídicos, pesa mais o lado da liberdade de locomoção do réu. Por outro lado, existem teses no sentido de que a conduta não chega nem a ser ilícita, tendo em vista se tratar de uma atuação em legítima defesa e estado de necessidade, incorrendo na exclusão da ilicitude da conduta. Desse modo, em se tratando da utilização para defesa do réu, será sim admitida tal prova.

Ante o exposto, infere-se que a regra geral no processo penal é a de liberdade de provas, até mesmo aquelas que não estão previstas em lei. Porém, há limites previstos em lei, quais sejam, a inadmissibilidade de provas ilegais, aquelas que – na busca pela verdade material- acabam por violar direitos previstos em lei. Nesse caso, tais provas não poderão ser admitidas e valoradas, devendo – assim- o magistrado retirá-las do processo. Todavia, se estas forem produzidas pelo réu para provar sua inocência, deverão ser admitidas até mesmo para se efetivar o princípio da ampla defesa e, também, por se tratar de uma conduta que não é ilícita, tendo em vista sua atuação em legítima defesa ou estado de necessidade, configurando -se – no ordenamento jurídico pátrio- uma prevalência da respeitabilidade dos direitos e garantias fundamentais com relação à persecução penal calcada na busca pela verdade.

#### 1.2.6. Do ônus da prova: a quem cabe a atitude de provar os fatos que foram alegados no processo penal?

A palavra ônus tem como definição no dicionário<sup>56</sup> como sendo um peso, uma carga, um encargo, um sobrepeso. Pegando essa definição e adequando-a ao processo penal, poder-se-ia extrair que o ônus probatório seria um encargo que uma das partes teria para provar o que fora alegado. Nesse contexto, Gustavo Badaró traz a definição de ônus da prova como sendo “uma faculdade de os sujeitos parciais produzirem as provas sobre as afirmações de fatos relevantes para o processo, cujo exercício poderá levá-los a obter uma posição de vantagem ou impedir que sofram prejuízo”<sup>57</sup>

Nessa perspectiva, após o conceito, é de suma importância apontar a quem cabe – inicialmente- este encargo do ônus da prova. Para isto, é preciso retomar a discussão acerca

<sup>56</sup> Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/%C3%B3nus>> Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>57</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.**, 2015. Op. Cit. pp. 424.

princípio da presunção de inocência que – em linhas diretas- afirma que até que se prova ao contrário, todo mundo é inocente. Desse modo, na dinâmica processual penal, o ônus de provar tais fatos relatados nas peças acusatórias cabe a quem os alegou, seja o Ministério Público ou o querelante, conforme previsão do Código de Processo Penal, no seu artigo 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”<sup>58</sup>. Dessa maneira, em suma, o ônus probatório no processo penal caberá a acusação, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, da regra do *in dubio pró réu*<sup>59</sup>.

No entanto, é preciso se atentar para o fato de uma tentativa no que tange a relativização desta regra, qual seja, uma exceção no que cerne ao ônus da prova quantos aos elementos do crime<sup>60</sup>, uma vez que há quem defenda um dever do réu de provar um alibi por ele apresentado, ou seja, se o acusado apresentar como defesa uma excludente da ilicitude<sup>61</sup>, este teria o dever de prova-la, contrapondo as previsões expressas acima sobre o tema.

Nessa perspectiva, há duas correntes doutrinárias sobre esse impasse. A primeira<sup>62</sup> defende um posicionamento onde o acusador tem o ônus de comprovar a materialidade e autoria do delito, sendo a defesa obrigada a provar algum fato excludente da ilicitude, além do dolo presumido<sup>63</sup> destes. Desta forma, no que tange a um possível alibi ou excludente quanto aos elementos do crime, para esta primeira corrente, haveriam de ser provados pelo réu. Por outro lado, existem aqueles que argumentam no sentido de incompatibilidade da primeira corrente para com o mandamento constitucional da presunção de inocência, e, dessa maneira, caberia a

<sup>58</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>59</sup> Ressalta-se que este é uma regra decorrente diretamente o princípio da presunção de inocência, como fora visto no capítulo I deste trabalho.

<sup>60</sup> O crime é composto por um fato típico (descrito na lei), ilícito e culpável. A teoria tripartite do mesmo. Há quem defenda que é bipartite, excluindo -assim- o terceiro elemento, qual seja, culpabilidade. Mas esta posição é extremamente minoritária. Prevalendo o posicionamento com relação a teoria tripartite.

<sup>61</sup> Por excludente de ilicitude entende-se aquelas situações que permitem que o indivíduo realize a conduta, quando a mesma for a única possível. Nesse sentido, o art. 23 do CPP falar sobre estas excludentes, quais seja, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito. Assim, de acordo com o exposto, quando o agente pratica a conduta nos moldes deste artigo, não há crime.

<sup>62</sup>Eugênio Pacelli: “Á defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador da excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ele alegada” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo penal, 2018.Op. Cit. p. 52)

<sup>63</sup>Gustavo Henrique Badaró é sucinto no que tange à esclarecimentos acerca deste dolo presumido: “No tocante ao elemento subjetivo do delito, a doutrina e jurisprudência tem distinguido, para efeitos de distribuição do ônus da prova, o dolo da culpa stricto sensu. A acusação tem o ônus de provar o elemento subjetivo do delito, quando se tratar de forma culposa. Assim, incumbirá ao Ministério Público ou ao querelante o ônus de provar a negligência, imprudência ou imperícia do acusado. Quanto ao dolo, prevalece a posição de que ele é presumido, a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal. Diante desta presunção, seria o acusado quem teria o ônus de provar que não agiu dolosamente”. (In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 2015.Op. Cit. p. 426)

acusação o ônus destas provas também. Assim, para a segunda corrente, defende que não caberá ao réu este ônus da prova. Neste sentido, vale destacar as palavras de Guilherme Nucci<sup>64</sup>:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. **Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. Por isso, caso o réu assuma autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime** (grifo nosso).

Gustavo Badaró segue o mesmo caminho:

A presunção do dolo representa flagrante violação da presunção de inocência. Presumir a ocorrência do dolo é estabelecer uma presunção contrária à presunção de inocência, o que não se pode admitir. Nem a lei nem a jurisprudência podem alterar a regra de julgamento do processo penal consubstanciada no in dubio pro reo. A presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente. Em última análise, representa a adoção do in dubio pro societate, que faz incidir sobre o acusado o ônus da prova de sua inocência<sup>65</sup>.

Corroborando para com estes entendimentos, assinala Paulo Rangel:

A defesa poderá, ainda, alegar que o réu efetivamente, atirou na vítima, porém em legítima defesa. Nesse caso, cabe ao Ministério Público o ônus de provar o que descreveu na denúncia, ou seja, um fato criminoso com todas as suas circunstâncias e que, conseqüentemente, não houve injusta agressão, ou, se existiu esta, que não era atual nem iminente, ou, ainda, que não houve uso moderado dos meios e que estes, embora existindo, não eram necessários

**Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da constituição, é exclusivo do Ministério Público (...)**<sup>66</sup> (grifo nosso).

Desta forma, pode-se inferir que, na segunda corrente, existe uma preocupação com relação a não relativização do mandamento constitucional da presunção de inocência, tendo em vista todo contexto apresentado.

Este trabalho está filiado a esta corrente, objetivando o respeito ao ordenamento jurídico pátrio, visto que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal são claros com relação a isto. A carta magna, em seu artigo 5º, inciso LVII, prevê expressamente:

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 264- 266

<sup>65</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015.Op. Cit. p. 426.

<sup>66</sup> RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. Atlas 2016, Op. Cit. p. 509.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;** (grifo nosso)<sup>67</sup>

O Código de Processo Penal também é claro ao afirmar – em seu artigo 156 – que o ônus da prova cabe a quem os alegar, conforme exposto acima.

Desta forma, é preciso se atentar para que não ocorram violação neste sentido, e que caiba ao acusador o ônus de provar o que alega. Assim, se alegar que fulano estava com uma quantidade X de entorpecentes, cabe a este comprovar isto, sob pena de não ver seu pedido ser provido. No entanto, conforme se verá no capítulo pertinente, este princípio está sendo violado perante a atribuição de presunção de veracidade da prova testemunhal policial, o que restará claro no momento oportuno.

#### 1.2.7. As etapas atinentes à valoração da prova e os sistemas de sua avaliação.

Já adentrando mais especificamente no cerne deste trabalho, chega-se no ponto em que se debate como o magistrado irá valorar as provas que foram construídas e transportadas para os autos do processo. Antes, no entanto, vale mencionar o caminho para se chegar neste momento. Neste sentido, Paulo Rangel sintetiza muito bem o assunto, dividindo-o em 4 momentos distintos do procedimento probatório, quais sejam, “a propositura das provas (indicação pelas partes); admissão das provas (quando o juiz manifesta-se sobre a sua admissibilidade); produção da prova (contradição feita pelas partes); e, por fim, a valoração destas provas ( apreciação pelo juiz na sentença)”<sup>68</sup>.

Nessa perspectiva, após esse caminho percorrido, o magistrado deverá valorar as provas que foram produzidas e aceitas nos autos e, para isto, é preciso se atentar aos sistemas de valoração de prova. Para uma maior elucidação, perpassar-se-á pelos três sistemas que foram utilizados ao longo da história e -no fim- apontarei o usado no Ordenamento Jurídico pátrio. Desse modo, há o sistema da íntima convicção do Juiz. Este é marcado por um momento onde não precisa se preocupar com a fundamentação de sua valoração, ou seja, pegava o que fora

<sup>67</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.Op. Cit.

<sup>68</sup> RANGEL. Paulo. **Direito Processual Penal**. 2016, Op. Cit. p. 515.



apresentado até ele e decidira de acordo com a sua convicção pessoal. Nesse sentido, Gustavo Badaró<sup>69</sup> faz uma ressalva muito pertinente:

No sistema da íntima convicção, o juiz julga de acordo com seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta para formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo, ou fruto do seu próprio conhecimento privado.

Passado este, adentra-se na seara do sistema da prova tarifada. Com relação a este, o legislador tinha uma figura importantíssima, uma vez que era ele que dava um valor fixo para cada prova. Renato Brasileiro de Lima<sup>70</sup> o menciona, inclusive, como sendo o sistema onde se perpassava pela “certeza moral do legislador”, tendo em vista que as provas- antes mesmo do cometimento do ato ilícito e do seu julgamento- já detinha um valor atribuído a ela.

Por fim, buscando-se uma aproximação, um meio termo entre os dois sistemas ora apresentados, se materializa o atual sistema em vigor no ordenamento jurídico brasileiro<sup>71</sup>, o Sistema do Livre Convencimento Motivado, como uma junção dos artigos 155 do Código de Processo Penal e do Artigo 93, X da Constituição Federal, *in verbis*:

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. Colocar a referência- lei do planalto.

Artigo 93, X CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>72</sup>

Assim, de acordo com tal sistema, o magistrado não está “preso” a valores pré-estabelecidos, mas também não poderá agir como queira, ignorando direitos e garantias, se materializando um meio termo dos sistemas anteriores, qual seja: o juiz está livre para decidir do jeito que bem entender, porém precisará motivar/fundamentar todas as suas decisões de acordo com as provas que fazem parte dos autos, sob pena de violações a princípios constitucionais, como por exemplo o expresso no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal 1988, qual seja, o da motivação/fundamentação das decisões do poder judiciário, sob pena de nulidade.

<sup>69</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 415.

<sup>70</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: 2017. Op. Cit. p. 617.

<sup>71</sup> Há quem defenda resquícios do sistema de prova tarifada, como é o caso do art. 155 CPP

<sup>72</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

Nesse contexto, sabendo desse mandamento constitucional no que tange a necessidade de motivação das decisões, é que se adentra na seara da discussão deste trabalho, qual seja, a motivação dada pelos juízes no que tange a valoração probatória da prova testemunhal policial. Mas, antes disso, é preciso tecer comentários acerca da prova testemunhal partindo do geral, entendendo seu conceito, suas minúcias, para depois adentrar na especificidade acerca da testemunhal policial, seus prós e contras e, após isto, direcionar a análise para valoração deste meio de prova. O que dá ensejo ao próximo capítulo.

## 2. A PROVA TESTEMUNHAL E AS ESPECIFICIDADES ACERCA DA TESTEMUNHA POLICIAL

Após perpassar por aspectos introdutórios acerca da prova no processo penal, este capítulo tem por objetivo introduzir o leitor a espécie de prova que será- de fato- objeto de estudo neste trabalho. Para isto, se começara falando de uma maneira geral acerca da prova testemunhal e depois se passará especificamente para a prova testemunhal policial e a sua admissibilidade. Após isto, se debruçará acerca da parcialidade desta, demonstrando-se os tipos inerentes a atuação funcional do agente policial.

### 2.1. Aspectos gerais da prova testemunhal.

Como foi citado no capítulo introdutório deste trabalho, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo, todavia o mais passível a erro, o que justifica um estudo mais pormenorizado deste meio de prova. Este é uma das espécies de prova que estão previstas no Código de Processo Penal- nos artigos 202 a 225 do CPP<sup>73</sup>-, que tem por objetivo a narrativa do que acontecera materializando-se através do depoimento da pessoa que o presenciou.

Nesse diapasão, inicialmente, para uma maior elucidação acerca do assunto, se dará destaque aos aspectos gerais da Prova Testemunhal e, após isso, se adentrará nas minúcias da prova testemunhal policial. Posto essas explicações acerca do detalhamento deste capítulo, é necessário que se aponte o conceito de prova testemunhal. Devido à importância acerca da conceituação da mencionada prova e do desenvolvimento acerca da tese deste trabalho, torna-se necessário citar alguns renomados doutrinadores que exploram essa temática. Nesse sentido, nas palavras de Gustavo Badaró:

A testemunha é o indivíduo que, **não sendo parte nem sujeito interessado no processo**, depõe perante um juiz sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos.<sup>74</sup> (grifo nosso)

---

<sup>73</sup> Todas as demais espécies de provas do processo penal estão expressas no Código de Processo Penal. Sendo elas: perícia (artigos 158 ao 184 do CPP), interrogatório (artigos 185 ao 196 CPP), confissão (artigos 197 ao 200 CPP), declaração do ofendido art. 201 CPP, reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228 CPP), acareação artigos 229 e 230 CPP, documentos( artigos 231 a 238 CPP) e, por fim, indícios. Artigo 239 CPP. (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>74</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.**, 2015. Op. Cit. p. 464.

Nessa mesma linha, Renato Brasileiro de Lima:

Testemunha é **pessoa desinteressada** e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo <sup>75</sup>. grifo nosso.

Nestor Távora também vai no mesmo sentido:

Testemunha é **pessoa desinteressada** que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha amealhe suas impressões através do tato e do olfato<sup>76</sup>(grifo nosso).

Mais de uma definição foi colocada, propositalmente, para chamar atenção do leitor acerca de um trecho que- apesar de serem autores diversos- se repete- com certo destaque- na conceituação de ambos, qual seja, “pessoa desinteressada”.

O Código de Processo Penal prevê expressamente “toda pessoa poderá ser testemunha<sup>77</sup>”, porém, como mencionado acima, é preciso que se atente a questão da imparcialidade desta. A doutrina majoritária entende que a pessoa precisa ser imparcial, visto que a parcialidade em prol de um dos lados, poderia macular – mesmo que não intencionalmente- as declarações acerca do fato<sup>78</sup>. E o próprio Código de Processo Penal, posteriormente, se atenta a essa questão, possibilitando as partes de apresentar objeções quanto às testemunhas apresentadas pela parte contrária, instrumento esse denominado de Contradita, isto é, o direito de contraditar a testemunha. Nessa perspectiva, vale a transcrição do artigo 214 do CPP, que prevê expressamente este instituto

Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeito, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts.207 e 208

<sup>75</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: 2017. Op. Cit. p. 694.

<sup>76</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Osmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 2018. Op. Cit. p. 725.

<sup>77</sup> De acordo com Aury Lopes Jr, esta previsão tem por objetivo a finalidade precípua de evitar discriminações outrora cometida. Nas palavras do autor (...) Essa regra surge com recusa a discriminações historicamente existentes em relação a escravos, mulheres e crianças, ou ainda às chamadas “pessoas de má- reputação” (prostitutas, drogados, travestis, condenados etc.), que ao longo da evolução do processo penal sofreram restrições em termos probatórios. (LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. p. 480)

<sup>78</sup> Este assunto acerca da parcialidade da testemunha, será debatido mais adiante no capítulo de prova testemunhal policial.

Posto a definição de testemunha conjuntamente ao fato de quem poderá sê-la, faz-se necessário tecer comentários acerca das vedações destas. Nesse sentido, vale a transcrição do artigo 207 CPP: “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu depoimento”<sup>79</sup>. De acordo com o texto expresso, para uma maior elucidação, segue o exemplo costumeiro: a relação de confiabilidade de um advogado para com seu cliente. A princípio, ele não poderia depor, tendo em vista a vedação do art. supra. Todavia, o artigo citado acima abre uma exceção, qual seja, o caso de seu cliente o desobrigar de guardar o segredo. Neste caso, ele poderia depor. Porém, vale ressaltar que o mesmo só o fará se quiser, tendo em vista o teor o artigo.

Além disso, é de suma importância tecer comentários acerca das características da prova testemunhal. Os três autores acima citados, também são uníssonos acerca destas características, sendo elas: judicialidade, oralidade, objetividade e retrospectividade.

Gustavo Badaró em palavras precisas afirmar acerca da primeira característica:

A judicialidade significa que só é prova testemunhal aquela **produzida perante o juiz em contraditório**<sup>80</sup>. O depoimento prestado no inquérito policial ou em outro procedimento administrativo não é, tecnicamente, prova testemunhal. A acusação e a defesa ficarão cientes da existência de tal fonte de prova (a testemunha), que tem informações relevantes para a causa, podendo arrolá-la para que preste seu depoimento. Somente quando alguém depõe perante um juiz, e na presença das partes, em contraditório, é que se tem verdadeira prova testemunhal<sup>81</sup>. Grifo nosso

Desse modo, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é necessário que as partes estejam presentes, é preciso que se dê oportunidade as partes de presenciar este momento e contradizer aquilo que fora dito, além de expressar todos os meios para sua defesa.

Por sua vez, a oralidade é uma exigência expressa no artigo 204 do CPP<sup>82</sup>, quando este afirma que o depoimento deverá ser prestado oralmente, salvo as exceções previstas – no corpo do CPP- nos casos de pessoas que padecem da surdez e da mudez, devido à sua atuação condição, poder- ser -à ser feito mediante escrita, atendendo – assim- sua necessidade.

<sup>79</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>80</sup> Conforme será visto no capítulo IV, de acordo com a atual conjuntura fática da valoração da prova testemunhal policial, isso é reiteradamente violado.

<sup>81</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 464.

<sup>82</sup> Art. 204 CPP: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido a testemunha trazê-lo por escrito”. (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.)

No que tange à objetividade, a preocupação é no sentido de não deixar que sensações internas influenciem na materialização do fato através do depoimento a ser prestado. Ou seja, busca-se uma objetividade acerca de se limitar ao fato que fora presenciado pela testemunha, e não outros elementos que sejam de opiniões próprias desta.

Por fim, a retrospectividade do testemunho nada mais é do que a transposição de um fato pretérito, isto é, vai se olhar para um passado, pegar um, fato que acontecera, e transportá-lo – com todas as suas minúcias- para o presente, materializando- se – assim- através de uma narrativa da testemunha perante a autoridade judiciária.

Outro tema que se mostra extremamente é a classificação das testemunhas com relação ao seu tipo. Assim, a doutrina – em linhas gerais- divide em: numerárias, extranumerárias e informantes. As primeiras são aquelas que estão dentro do limite imposto para cada procedimento no processo penal<sup>83</sup>. Nesse sentido, seriam aquelas que poderão ser arroladas pela acusação e pela defesa, na busca ao auxílio do convencimento do magistrado sobre a narrativa controversa. Por outro lado, as extranumerárias são as que não se enquadram dentro do limite legal imposto<sup>84</sup>. Por fim, as testemunhas denominadas de informantes. Estas, tem uma peculiaridade muito importante, que as diverge das outras, qual seja, o compromisso para com a verdade. Ou seja, enquanto as duas primeiras têm o compromisso de dizer a verdade<sup>85</sup>, sob de pena de incidir no tipo penal de falso testemunho, os informantes não estão sujeitos a isso, tendo em vista a dispensa legal de tal compromisso, no teor do artigo 208 CPP, in verbis: “Artigo 208 CPP: Não se deferirá o compromisso a que alude do art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.”<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> 8 (oito) testemunhas para cada sujeito processual (acusação e defesa) para cada fato alegado no procedimento ordinário e, no procedimento sumário, 5 (cinco). Já no procedimento sumaríssimo: 3 (três testemunhas; na segunda fase do júri: 5 (cinco testemunhas) e, por fim, no procedimento da lei de drogas – Lei nº 11.343.2006- 5 (cinco testemunhas) (TÁROVA, Nestor. **Curso de processo penal**. 2018. Op. Cit. p. 729).

<sup>84</sup> O juiz poderá intimar testemunhas que ache necessário para o esclarecimento do fato, além da possibilidade das testemunhas requeridas, ou seja, aquelas pessoas que são citadas pelas testemunhas em audiência.

<sup>85</sup> Um dos deveres das testemunhas é o de dizer a verdade, conforme previsão expressa do artigo 203 CPP, sob pena de incorrer o tipo penal do artigo 342 do Código Penal, qual seja, o tipo de falso testemunho: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.)

<sup>86</sup> *Ibidem*.

Posto isso, é preciso arguir acerca dos deveres das testemunhas. O primeiro deles é que o depoimento não é – em princípio- uma faculdade, mas sim um dever a ser cumprido, em prol da melhor contribuição para com a administração da justiça. Isso pode-se extrair da primeira parte do artigo 206, caput, quando o mesmo afirma que “a testemunha não poderá se escusar do dever de depor”. No entanto, o mesmo artigo apresenta exceções, conforme transcrição in verbis:

A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, **recursa-se a fazê-lo o ascendente ou o descendente, o afim em linha reta, o conjugue, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias**<sup>87</sup>. Grifo nosso

Outro dever é o de comparecimento em juízo. Ou seja, caso venha a ser intimada para tal, deverá comparecer, sob pena de incorrer sanções e até mesmo em ilícitos penais, como por exemplo o de desobediência, expresso no artigo 330 do Código Penal.

Por fim, nos moldes do artigo 224 do Código de Processo Penal<sup>88</sup>, é dever da testemunha manter o juízo atualizado acerca de possíveis mudanças que poderiam ocasionar em uma dificuldade para acioná-la, como por exemplo uma mudança de residência.

## 2.2. O cuidado exigido no que cerne ao valor atribuído para com a prova testemunhal

A palavra valoração de meio de prova já foi debatida neste trabalho no momento em que se estava discutindo acerca dos momentos probatórios, quando esta foi alocada no último deles. Porém, o que se falou foi acerca do motivo pelo qual ter que se valorar o meio de prova, e foi visto que é diante do mandamento constitucional da necessidade de motivação das decisões. Ora, se precisa motivar, precisa analisar os meios de prova e se vai analisar, no final, se dará um valor para esta análise. E é neste contexto que se adentra este tópico. Afinal, como já fora mencionado na introdução, a prova testemunhal acaba por ser a mais utilizada e também, paralelamente, a mais passível a erro. Nesse contexto, Gustavo Badaró também alerta para com esse paradoxo: “No processo penal, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, embora se trate de prova sujeita a influencias e sentimentos que podem afastá-la do caminho da verdade”<sup>89</sup>. Nesse sentido, o mencionado autor também menciona que – para esta avaliação

<sup>87</sup> (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.)

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 472.

acerca desta valoração- o magistrado deve estar atento no que cerne a dois fatores, quais sejam, a pessoa que está prestando o depoimento e o conteúdo expresso na sua narrativa<sup>90</sup>.

É no primeiro que está fincado o problema chave acerca deste trabalho, uma vez que, como será visto, é encontrado o problema acerca da parcialidade da testemunha policial, tendo em vista que, como já fora debatido, a doutrina costuma trazer justamente este requisito para integrar o conceito de testemunha, sendo ele: a imparcialidade. Ou seja, dependendo da pessoa, o juiz deverá estar atento para com essa parcialidade no momento em que for valorar este meio de prova para extrair sua motivação acerca da decisão por ele prolatada. Com relação ao segundo item- o conteúdo expresso na narrativa- existe uma preocupação acerca da unicidade das versões apresentadas, isto é, no momento em que se apresentar contradições, deve-se ter total atenção no momento de valorar este meio de prova, uma vez que apresentou versões ou algo que divergiu do contexto.

Somado a isto, é preciso olhar para a previsão do CPP, qual seja, seu art. 203:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou das circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua **credibilidade**.<sup>91</sup> (grifo nosso).

É preciso ter atenção a expressão final do artigo, qual seja, “possa avaliar-se a sua credibilidade”. Isto é, diante do que foi exposto, é preciso que se avalie caso a caso, detalhe a detalhe, o contexto e o depoimento. Ou seja, tanto a doutrina quanto o CPP alertam para o fato de cuidado no que cerne a valoração da prova testemunhal, tendo em vista o teor quantitativo no que cerne a sua utilização para com prolações de decisões do poder judiciário. E é neste sentido que se penetra na problemática atinente a este trabalho, qual seja, a valoração da prova testemunhal policial, pois este meio de prova está sendo valorado de uma forma absoluta, ignorando os cuidados atinentes a este, tais como o sujeito depoente e a questão da parcialidade, assim como possíveis divergências em suas falas, dando-se prevalência a transportação de conceitos administrativistas para com a seara processual penal, a fim de fundamentar esta valoração absoluta, ensejando – assim- a súmula que será analisada mais adiante. Neste cenário,

---

<sup>90</sup> Ibidem. p. 473.

<sup>91</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.



abre-se espaço para a discussão atinente ao próximo tópico, uma vez que ter-se-á uma análise desta prova testemunhal policial e a questão do debate inerente a sua atuação funcional no que tange a parcialidade inerente a esta, ocasionando – assim- e diversas violações a princípios, direitos e regras processuais penais.

### 2.3. A prova testemunhal policial: a problemática atinente a sua parcialidade e valoração no processo penal.

Posto todos os assuntos introdutórios para compreensão deste trabalho, chega-se – de fato- ao ponto de discussão acerca do binômio central deste, qual seja, a prova testemunhal policial e o debate no que cerne a sua parcialidade e valoração.

Primeiramente, é preciso destacar que os policiais são agentes estatais, tendo em vista a previsão expressa acerca de sua atuação na Constituição Federal, conforme exposto:

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.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.<sup>92</sup>

Nesse sentido, percebe-se que ao prever isto, a Carta Magna distribuiu as funções para com os policiais de acordo com os respectivos entes de sua atuação, conferindo-lhes as suas finalidades dentro das suas atribuições específicas, expressas no artigo e parágrafos citados acima. Desta forma, infere-se que estes são agentes públicos<sup>93</sup>, tendo em vista sua atuação em nome do estado com o objetivo de preservação da paz pública, ante previsão da legislação. Nesta perspectiva, como atua em nome do estado, um ato seu será considerado um ato administrativo, tendo em vista a teoria da imputação volitiva<sup>94</sup>, gozando – assim- dos atributos<sup>95</sup> inerentes deste ato. E, dentro destes atos, vale destacar aquele que acaba por fundamentar- em sua grande maioria- a problemática atinente à valoração absoluta deste meio de prova, qual seja, a presunção de veracidade. Sobre esta característica, assinala com precisão Maria Sylvia de Pietro<sup>96</sup>:

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões como o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações

<sup>92</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. Cit.

<sup>93</sup> José dos Santos Carvalho Filho conceitua como sendo “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem função pública como prepostos do Estado. [...] o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. (FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.611). No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz: “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas Jurídicas da Administração Indireta (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 Ed. São Paulo. Atlas: 2019. pp. 1216).

<sup>94</sup> Teoria dos órgãos (ou também conhecida como teoria da imputação volitiva) é aquela ao qual afirma que os atos da Administração Pública são atribuídos ao Estado e não ao agente que os praticou.

<sup>95</sup> Atributos dos atos administrativos. Entende-se por atributos dos atos administrativos às características que o permeiam. Dentre elas, está a que é usada de base para valoração absoluta da prova testemunhal policial, qual seja, a Presunção de Veracidade/ legalidade. Mas, é importante destacar que estas características deverão observar a finalidade inerente a elas, qual seja, o interesse público, como se verá no decorrer deste trabalho.

<sup>96</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2019. Op. Cit. pp. 459-461.

diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim, ocorre com relação a certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar este atributo do ato administrativo:

- 1- O procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância a lei;
- 2- O fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoria que pratica o ato, o faz com consentimento de todos;
- 3- A necessidade de assegurar a celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular;
- 4- O controle a que se sujeita o ato, quer pela própria administração, quer pelos demais poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
- 5- A sujeição da administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

E é neste contexto que diversos magistrados estão direcionando seu entendimento no sentido de que se transporte isto para a seara do processo penal, conferindo-se – assim- uma valoração absoluta da prova testemunhal policial, uma vez que seria dotada de fé pública, direcionando assim o dever do acusado de provar ao contrário<sup>97</sup>. Conforme veremos ao longo deste trabalho, isto não merece prosperar. Primeiro que este ensaio ter-se-á um posicionamento no que tange a não aplicabilidade deste preceito administrativo de presunção de legalidade no que cerne a prova testemunhal policial, uma vez que – como se demonstrará- este detém uma parcialidade intrínseca a sua atuação funcional, o que somado a fragilidade geral acerca da prova testemunhal, teria como consequência uma extrema probabilidade de erro, não podendo assim toma-la como absoluta, sendo necessário uma valoração relativa. Posto isso, a seguir se concentrará naquilo que fundamenta a posição deste trabalho por esta valoração relativa: a parcialidade do agente policial.

### 2.3.1. Do não impedimento à admissibilidade da prova testemunhal policial no processo penal.

Com relação à admissibilidade, é preciso destacar alguns pontos. Primeiramente, é de suma importância frisar que é admitida pelo CPP, tendo em vista previsão expressa do art.202, tendo em vista que o mesmo afirma que todos podem figurar como testemunha, não prevendo

---

<sup>97</sup> Isto será comprovado no capítulo atinentes as análises de casos julgados pelo TJ RJ, onde este – com base neste entendimento e- também- com fundamentação da súmula 70 TJ RJ, vem entendendo de forma majoritária pela aplicabilidade desta presunção de veracidade no que tange a prova testemunhal policial.

qualquer ressalva com relação a este meio de prova. Além disso, a doutrina majoritária segue na mesma linha, isto é, no sentido de não haver impedimentos legais no que cerne ao depoimento policial, porém, faz apontamentos<sup>98</sup> acerca deste meio de prova. Por fim, a jurisprudência é massiva neste mesmo sentido. Para isto, segue o julgado abaixo transcrito do STF:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DA ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspensão ou na absoluta imprestabilidade de suas informações (...) <sup>99</sup>

Neste sentido, de acordo com o proposto posicionamento do supremo, não há impedimento<sup>100</sup> para este meio de prova. Porém, é importante frisar- também- que em momento algum se está falando em presunção de veracidade deste meio de prova, mas sim que é admitido, assim como outra testemunha qualquer, devendo passar pelo processo de aferição de credibilidade, proposto pelo art. 203 CPP. E neste processo de aferição é preciso avaliar-se a questão da parcialidade inerente a atuação funcional destes agentes.

Neste momento, vale retomar o que já fora discutido no que cerne a conceituação de testemunha, pois quando se transportou para este trabalho 3 (três) conceituações diversas sobre esta, foi com o objetivo de destacar que ambos mencionavam a palavra imparcialidade nos seus conceitos. E, é nessa perspectiva que se adentra na discussão em torno da testemunha policial. Em que pese sua permissibilidade legal, é fato notório o total interesse de legitimação da conduta ora praticada para com a legalidade prevista, tendo em vista toda consequência punitiva que poderá advir disto, e é nesse momento que se abre espaço para discussão acerca da questão da imparcialidade e toda sua problemática advinda sob o seio da testemunha policial que será discutida no próximo tópico. Neste, a dividirei da seguinte maneira: a parcialidade direta, a indireta. Esta que carrega consigo a parcialidade forçada, ou seja, através da coação.

<sup>98</sup> Estas ressalvas serão demonstradas no decorrer deste trabalho.

<sup>99</sup> BRASIL. STF. HC. 87662. PE, RELATOR: Min. CARLOS BRITTO. Data do julgamento: 05/09/2006. Primeira turma. Data de publicação: DJ 16/02/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14731486/habeas-corpus-hc-87662-pe>> Acesso em: 28/11/2019.

<sup>100</sup> No capítulo pertinente a análise de casos, isto será corroborado pelas demais jurisprudências analisadas. ou seja, em todas existe esta permissibilidade.

### 2.3.2. A questão da parcialidade direta da testemunha policial.

Antes de adentrar no tema em discussão, é preciso destacar que de maneira alguma se está generalizando toda instituição da Polícia, seria de extrema infelicidade se o fizesse. Todavia, existem casos onde a parcialidade fica evidenciada e, desta forma, se faz necessário um estudo acerca do tema em debate, objetivando assim uma melhora na instituição que tem por finalidade precípua o bem-estar do cidadão. Feita esta ressalva, retoma-se o tópico anterior.

Bem, se por um lado não existe impedimento descrito no CPP, visto que este garante o direito<sup>101</sup> de qualquer pessoa figurar como testemunha, por outro, é inegável que pode existir parcialidade no que tange ao testemunho dos policiais, uma vez que estes terão total interesse numa avaliação positiva no que tange a legalidade de sua atuação, visto as possíveis punições como consequência de uma atuação ilegal de sua parte. A título de elucidação, se iniciará uma análise de casos ocorridos no Rio de Janeiro que demonstram a existência desta parcialidade.

Toma-se o seguinte exemplo do caso ocorrido recentemente no bairro da Ilha do Governador, onde duas pessoas foram baleadas dentro de um veículo. Vale a transcrição de algumas partes do caso:<sup>102</sup>

(...)Em seu depoimento, o PM disse que ele e sua equipe perseguiram um carro preto por cerca de 1 km e quando chegaram em uma esquina houve troca de tiros. Ainda segundo o relato, o carro branco das vítimas, que nada tinham a ver com a perseguição, teria sido atingido nesta troca de tiros.

O vídeo com câmeras do local mostra que não há perseguição. O carro branco chega no local e é abordado por uma viatura do Batalhão de Choque e um dos policiais exhibe o fuzil. O motorista do carro não parece ter visto os PMs. Um policial sai da viatura apontando o fuzil e atira. Logo depois, o sargento corre em direção ao carro e a viatura vai atrás.

(...)Os policiais, ao perceberem o que aconteceu, escoltaram os feridos até o Hospital Evandro Freire, também na Ilha do Governador, onde foram atendidos.

Nesse contexto, passa-se para a parte onde o policial militar relata algo diverso do que acontecera, objetivando dar ares de legalidade a sua conduta, tendo em vista que ação foi filmada por uma câmara do local, como se pode perceber com a continuidade do relato:

<sup>101</sup> Art. 202 CPP afirma: qualquer pessoa poderá ser testemunha. (BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>102</sup> G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/14/video-desmente-pm-que-baleou-dois-em-carro-na-ilha-do-governador.ghtml>> Acesso em: 15/11/2019.

Um vídeo, exibido com exclusividade pelo RJ2 nesta segunda-feira (14), mostra que o policial militar que baleou duas pessoas na Ilha do Governador, Zona Norte do Rio, no dia 5 de julho, não trocava tiros com bandidos, como ele disse em depoimento à polícia.

Tendo em vista a surpresa a partir do momento que soube da existência da filmagem, mudou seu relato, como se percebe a seguir:

Em um segundo depoimento, quase dois meses depois do caso, o sargento disse não se lembrava se tinha atirado de dentro ou de fora da viatura e que acredita que o carro branco tenha entrado na linha de tiro. Posteriormente, as filmagens foram exibidas para o sargento por um delegado. O PM, então, alega que não se lembra mais de detalhes.

Desta forma, é perceptível que a conduta do agente policial fora ilegal, isto é, a abordagem policial não ocorreu conforme o protocolo. Assim, intencionalmente, visando acobertar sua conduta com a mantra da legalidade, o policial militar mentiu e distorceu/ inventou fatos que não existiram, objetivando burlar uma punição frente sua conduta ilegal.

Nesta perspectiva, vale mencionar mais um caso onde fora constatado está parcialidade. Este fato ocorreu em 2015, na comunidade da Providência -RJ, onde policiais militares foram flagrados- através de um vídeo – feito por uma moradora da comunidade- alterando a cena de um crime, qual seja, colocando uma arma na mão de um adolescente e disparando- com arma no punho deste- três vezes, a fim de simular um confronto<sup>103</sup>. Não entrando no mérito da sentença de ambos, torna-se evidente que por terem interesse direto na legalidade de suas condutas, os policiais militares envolvidos forjaram uma situação a fim de passar uma aparência de legalidade para uma atuação – possivelmente- ilegal, tendo em vista o contexto apresentado.

Não poucos casos são vistos neste sentido, o caso do sumiço de Amarildo<sup>104</sup>, ocorrido no RJ em 2013. Este foi visto entrando em uma viatura da PM, após uma abordagem, e fora levado para UPP. Após isso, nunca mais foi visto. Os policiais envolvidos na atuação afirmaram que após a abordagem, Amarildo saiu sozinho da UPP. Porém, um PM envolvido confessou o crime e afirmou que o rapaz fora torturado e depois morto na UPP. Diversos policiais foram indiciados e condenados e estão cumprindo pena pelo caso. Desse modo, torna-se evidente que tais exemplos materializam a parcialidade investida, intrínseca no que tange a atividade policial e a

<sup>103</sup> O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/providencia-pms-sao-flagrados-alterando-cena-de-crime-1-17641673>>- Acesso em: 1 out. 2019.

<sup>104</sup>G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/caso-do-pedreiro-amarildo-completa-5-anos-e-familia-ainda-nao-foi-indenizada.ghtml>> Acesso em: 1 out. 2019.

sua legitimação, visto que os agentes, tentando passar uma ares de legalidade na sua atuação – possivelmente- ilegal, distorce, modifica os fatos intencionalmente, caracterizando-se assim como a parcialidade direta.<sup>105</sup>

Além disso, é preciso se atentar para o fato – não raro- da possibilidade de coação e até mesmo ameaça para que um policial confirme uma versão combinada pelos demais. Toma-se como exemplo uma suposição de um caso onde 6 (seis) policiais militares estão envolvidos numa determinada ocorrência. 5 (cinco) destes combinam uma determinada versão e a impõe ao que sobrou. Será que este teria o suporte para refutar a versão ora apresentada e relatar o ocorrido verdadeiro? Além da questão da auto- incriminação, há o fato de possível represália a ele. Ou, até mesmo, quando um superior mandar falar algo diverso e o agente o fizer com receio de represálias, configurando-se – assim- uma parcialidade forçada, sob forma de coação.

Nessa perspectiva, corroborando o pensamento no que tange a parcialidade vigente, tendo em vista sua atuação funcional, vale a transcrição de alguns doutrinadores acerca desta situação. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró:

quanto ao testemunho dos policiais, há correntes radicais, que, pelo seu próprio extremismo, devem ser descartadas. Uma dessas correntes entende que o fato da testemunha ser policial, por si só, não a torna impedida de depor, não havendo qualquer disposição legal neste sentido. Ao contrário, o policial não se enquadra nas hipóteses do art. 207 do CPP, devendo ser dado ao seu depoimento o mesmo valor de qualquer outra testemunha. De outro lado, há corrente oposta, no sentido de que os policiais, pela simples condição funcional, seriam suspeitos. Deve prevalecer uma posição intermediária: se os policiais não podem ser considerados suspeitos, pelo simples fato de serem policiais, por outro lado, é inegável o seu interesse na demonstração da legalidade de sua atuação nos atos investigatórios praticados, pelo que seus depoimentos tem valor relativo, devendo ser cotejados com outros elementos de provas existentes nos autos, em especial o testemunho de pessoas estranhas aos quadros da policia. Não se pode esquecer que as testemunhas são, por definição, terceiros imparciais, sem qualquer interesse no processo, o que não é exatamente o caso dos policiais em relação aos crimes por eles investigados. Por tais motivos, não se deve admitir que seja proferida uma sentença condenatória com base exclusivamente nos depoimentos de policiais, ainda que estes se mostrem harmônicos entre si.<sup>106</sup>

Na mesma linha de pensamento, Aduz Aury Lopes Jr.

<sup>105</sup> Vale ressaltar que em que pese esses exemplos, não há intenção de generalizar toda PM. Uma corporação não pode se resumir a alguns, porém- fato é- que só a existência desses casos já é capaz de caracterizar a parcialidade para com o estudo deste trabalho.

<sup>106</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. pp. 473-474.

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 tem 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 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 (eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des) valorar esse depoimento.

(...) Portanto, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem na audiência (...) <sup>107</sup> (grifo nosso)

De acordo com o exposto, os renomados autores vão de encontro a preocupação acerca da parcialidade desta testemunha e alertam para a necessidade de ponderação acerca deste no momento de sua valoração pelo magistrado. Esse cuidado que deverá ter na valoração é no sentido de que uma vez detectada a imparcialidade intrínseca ao testemunho policial, tendo em vista a não indissociabilidade do seu testemunho para com sua funcionalidade, para com a legalidade de sua atuação e, neste cenário, é preciso que o magistrado tenha extremo cuidado, visto que – devido à essa parcialidade-poderá distorcer algumas informações, tendo em vista sua natural intencionalidade de demonstrar sua atuação legal perante a lei, e – mesmo que não tenha tal intenção, poderá agir deste modo, visto a naturalidade de mistura para com seus sentimentos internos, podendo passar assim a subjetividade do testemunho, indo no caminho contrário a uma das característica já vista do testemunho, qual seja, a objetividade.

### 2.3.3. A questão da parcialidade indireta: as falsas memórias

Nessa toada, posto o problema da parcialidade direta, é preciso se direcionar as atenções para a parcialidade indireta, qual seja, as falsas memórias. De toda essa fragilidade exposta, é de se notar que quando se trata de testemunha policial, este mencionado problema se acentua, tendo em vista a sua funcionalidade. É fato notório que a atividade policial é de extremamente ágil, emocional e abrupta, no sentido da tensão vivida por estes em prol do serviço estatal. Toma-se como exemplo: uma batida policial numa comunidade Z. coloque-se no lugar do agente e tente perceber toda tensão que o perpassa durante esta missão. Troca de tiros, correria, gritaria, pressão, ânimos aflorados e todas as outras explosões de sentimentos vivenciadas neste cenário. Mesmo não estando presente, é possível notar – nem que seja no mínimo- a tensão

<sup>107</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. p. 480.



máxima atrelada a este cenário. Nesse caso, é perceptível que estes policiais estarão totalmente envolvidos e passíveis de equívocos – mesmo que não queiram- a esse determinado combate. Ou seja, claramente possível que o agente policial x pense que viu y com um rádio transmissor passando correndo no alto da comunidade, mas na verdade era um outro sujeito muito parecido com este.

Neste sentido, momentos depois, quando y passa por ele, o agente o prende em flagrante, visto que pensa que fora este sujeito que passará no momento com o rádio transmissor. Mas, na verdade, era um outro parecido com ele, porem devido a tensão vivenciada, e a aparência entre ambos, acaba por induzir o agente policial ao erro<sup>108</sup> e confundir as duas pessoas, mesmo que não queira. É nessa perspectiva que se entra num assunto totalmente pertinente ao cenário ora exposto, qual seja, as falsas memórias. Estas podem ser definidas como: “as falsas memórias são caracterizadas pela recordação de algo que, na realidade, nunca aconteceu. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias”<sup>109</sup>

Ou seja, de acordo com o conceito exposto, é um fato que não ocorreu, mas que o agente que a relata tem a convicção de que o fato ocorrera. Nesse sentido, é importante uma diferenciação desta para a mentira, visto que esta tem uma intencionalidade por parte do agente, isto é, o agente sabe que o fato não ocorreu, mas insiste em relatá-lo com vistas a assegurar uma vantagem em torno daquela afirmação falsa (parcialidade direta). Por outro lado, naquelas- nas falsas memórias- o agente acredita que o fato ocorrera, e assim o relata tendo plena convicção disto.<sup>110</sup> Mas o fato em si não ocorreu, caracterizando-se assim na parcialidade indireta.

Nessa perspectiva, percebe-se quão frágil pode ser esta prova testemunhal, tendo em vista que até mesmo quem a relatará acredita na sua veracidade, mesmo não o sendo. Então, percebe-se que o magistrado poderia incorrer facilmente em erro, pois em momento adequado – no reconhecimento de pessoas, por exemplo- a testemunha policial afirmaria que viu x e y com o

---

<sup>108</sup> Vale ressaltar que este erro poderá ser – ainda- corroborado através do meio de prova denominado de Reconhecimento de pessoas e coisas. Este, nas palavras de Gustavo Henrique Badaró: “o reconhecimento de pessoa ou coisa é um meio de prova no qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ela vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes descritas” (2016. página 477). Assim, no exemplo referente, como o agente policial acredita fielmente no que falara, este confirma sua versão, acabando por corroborar seu testemunho.

<sup>109</sup> PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho**: os riscos na inquirição de crianças. meriva.pucrs.br. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4834/1/000384132-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 26 setembro. 2019, p. 12.

<sup>110</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. p. 496.

rádio transmissor correndo pela comunidade, porém devido a tensão vivenciada inerente a sua atuação funcional, poderias as confundir, mesmo que não queria, devido às falsas memórias, tendo em vista todo cenário ora descrito. E, por isso, a exigência de uma total precaução acerca deste testemunho policial, no momento em que o magistrado for valorar esta prova.

Conforme o exposto, a prova testemunhal policial demonstra intensa fragilidade em qualquer cenário: seja de forma intencional, ou seja, o agente policial distorcendo os fatos, enquadrando-os para com a legalidade de sua conduta, caracterizando assim a parcialidade direta; seja pela parcialidade indireta, isto é, mesmo não tendo a intenção, estará passível de erros, tendo em vista a problemática atinente as emoções e tensões intrínsecas a sua funcionalidade e até mesmo por uma questão de coação, materializando-se assim a parcialidade forçada, através da possível coação.

Assim, em que pese sua admissibilidade, é preciso que se tenha extrema cautela no momento em que for auferir o seu valor, tendo em vista a já demonstrada parcialidade intrínseca a sua atuação. Desta forma, é preciso que se avalie caso a caso, cenário a cenário, declaração a declaração, nos moldes das regras expressas no art. 203 CPP, para que assim se consiga aferir sua credibilidade, assim como qualquer outra testemunha. Porém, não é o que vem ocorrendo, uma vez que se tem atribuído valor absoluto para com este meio de prova, fundamentando-o na transposição dos conceitos administrativistas para com o processo penal, atribuindo a eles a característica da presunção de veracidade dos seus atos, o que ocasiona uma exacerbação da sua valoração probatória. Este entendimento está sendo seguido de forma majoritária pelas câmaras criminais TJ RJ e estas estão usando a súmula 70 o mencionado tribunal, uma vez que esta – através do seu teor textual- dá aberturas para esse entendimento de valoração absoluta para com este meio de prova, como será demonstrado no capítulo a seguir.

### **3. A EXARCERBAÇÃO DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PROVA TESTEMUNHAL POLICIAL E A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Dando continuidade a sequência processual traçada até então (princípios, aspectos gerais da prova, prova testemunhal e as especificidades da testemunha policial e toda problemática advinda desta) chega-se ao momento de se obter uma ponderação acerca desse meio de prova e esta será materializada através da valoração do magistrado.

A palavra valorar trata-se de um verbo que está previsto no dicionário<sup>111</sup> como sendo uma atribuição de valor à alguma coisa. Transportando isto para o processo penal, pode-se concluir que a palavra valorar enseja uma atividade realizada pelo juiz a fim de apreciar, analisar alguma coisa, objetivando atribuir-lhe um valor de acordo com todos os elementos acostados nos autos, a fim de emitir sua decisão sobre o caso que fora levado até ele.

Nesse sentido, vale relembrar- sucintamente- o que fora analisado no tópico 1.2.7 onde se falou nos pormenores nos sistemas de avaliação probatória. Neste se analisou os 3 (três) sistemas atinentes a valoração da prova, quais sejam, o sistema da intima convicção do juiz, o sistema da prova tarifada e, por fim, o sistema do livre convencimento motivado. Como foi visto, este último é o que tem vigência atualmente, devendo- assim- o magistrado fundamentar sua decisão/ valoração probatória, sob pena de nulidade.

Desse modo, existe essa obrigatoriedade com relação a fundamentação da decisão judicial e- neste sentido- para fundamentar, deverá- antes- valorar os meios de prova que lhe foram apresentados, de acordo com o que fora exposto nos autos do processo. E é nesta perspectiva que se adentra na temática do tópico em questão, visto que se impõe o seguinte questionamento: Tendo em vista a problemática atinente a prova testemunhal, somada a questão da parcialidade do agente policial, como valorar este meio de prova? É neste sentido que se abre espaço para próximo tópico a ser debatido.

---

<sup>111</sup> Disponível em: <<https://www.dicionarioinformal.com.br/valorar/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

### 3.1. A prova testemunhal policial: um valor absoluto ou relativo?

Após essa passagem pela definição da palavra valoração dentro da perspectiva penal, além de uma análise acerca da valoração probatória, passa-se ao debate acerca do valor probatório que tem sido atribuído para com a prova testemunhal policial. Como já foi visto, a prova testemunhal, por si só, é muito passível a erros, o que se acentua quando se passa a analisar a prova testemunhal policial, uma vez que se adentra na questão da parcialidade desta, conforme já demonstrado. Nesse sentido, o CPP – em seu art. 203<sup>112</sup>- previu expressamente a necessidade de aferição aos pormenores da testemunha, além de prever a possibilidade de contradita-la quando pesar sobre si questões de suspeição. Isto tende a aumentar quando se pensa na prova testemunhal policial, uma vez que se torna evidente a problemática no que cerne a sua parcialidade. Seguindo esta linha de pensamento, como já foi demonstrado no capítulo anterior, Gustavo Badaró e Aury Lopes Júnior, alertaram para necessidade de um posicionamento mais cauteloso para com este meio de prova, tendo em vista toda a questão da parcialidade do agente policial estatal e a fragilidade intrínseca e este meio de prova. Nessa mesma linha, Marco Antonio de Barros<sup>113</sup> firma sua posição, qual seja:

também não se pode desprezar a possibilidade de se abater sobre o depoente outros sentimentos que costumam burlar a verdadeira narrativa. Dessa maneira, podem influenciar: o temor de sofrer represálias, o espírito de vingança e o espírito de solidariedade, a simpatia e a antipatia; o amor, a paixão, o ódio, e comiseração etc.

Qualquer dessas disposições pode produzir reflexos nas declarações e isso nem sempre é perceptível ao juiz, visto que a testemunha geralmente os oculta no seu íntimo.

É claro que cabe ao juiz, no caso concreto, valorar a prova testemunhal juntamente com outros meios de prova. Pelos motivos que acabamos de mencionar, essa valoração passa a ser uma das tarefas mais árduas atribuídas ao julgador.

Não é fácil extrair a verdade de um testemunho para pronunciar-se sobre a culpabilidade ou absolvição de um acusado. Somente a perspicácia conquistada pelo juiz, quase sempre fruto da experiência acumulada ao longo de vários anos na carreira, é capaz de minimizar os efeitos provocados por dificuldades desse gênero.

Na mesma toada, é de suma importância ressaltar as palavras de Aduino Suannes<sup>114</sup> que diante desse cenário exposto e das experiências vivenciadas na magistratura, expos sua visão acerca do assunto:

<sup>112</sup>BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>113</sup> Barros, Marco Antonio de. **Processo penal: da investigação até a sentença**. 2019, Op. Cit. p. 391.

<sup>114</sup>SUANNES, Aduino. **Provas esteticamente inadmissíveis no processo penal**. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/ArtigoAduino.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/ArtigoAduino.htm)> Acesso em: 17 nov. 2019.

Veja-se, apenas para ilustração, com que falta de neutralidade se valoriza as palavras de policiais, esquecidos os julgadores de que, havendo eles atribuído a alguém a prática de fato grave, não poucas vezes com a consequente voz de prisão, se não demonstrarem a legalidade do ato praticado, serão passíveis de processo criminal por abuso de autoridade. Alguém que, por força da sua atividade profissional, está a correr tal risco- inerente a ela, sem dúvida- não pode ser considerada pessoa tão neutra que sua palavra, sem outros elementos menos comprometidos, seja o bastante para lastrear um decreto condenatório do eu tantas as vezes se decide. Nem mesmo os excessos praticados pelos policiais têm servido para desacreditar sua palavra.

Desse modo, percebe-se que ambos defendem uma valoração relativa da testemunha policial, tendo em vista os problemas advindos desta. O primeiro, defende isto por conta da parcialidade indireta, uma vez que mesmo que o policial não queira, este poderá incorrer em erro; o segundo, por sua vez, direciona sua sustentação para a parcialidade direta, isto é, o próprio policial – propositalmente- distorcendo os fatos de acordo com seus interesses em jogo. Atento a isto, vale destacar uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça sobre essa temática:

Agravada de decisão que não admitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105. III, a da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele estado na Apelação n. 1.0024.14.331987-9/000. Nas razões do recurso especial, o ora agravante sustenta violação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, 155, caput, 156 e 387, VII do Código de Processo Penal, ao argumento de que os elementos probatórios descritos no acórdão impugnado são suficientes para justificar a condenação do réu pela prática do crime de tráfico de drogas. Requer o provimento do recurso para restabelecer a sentença condenatória. O recurso especial foi inadmitido no juízo prévio de inadmissibilidade realizado pelo tribunal local, o que ensejou a interposição do agravo. O ministério público federal manifestou-se pelo não provimento do agravo. DECIDO. Todavia, quanto ao recurso especial, apesar de a questão suscitada haver sido examinada pelo tribunal a quo, no julgamento do acórdão impugnado, a evidenciar o prequestionamento da matéria, observo que o pedido não comporta conhecimento, diante do óbice da súmula n. 7 STJ, como será demonstrado a seguir.

O ora agravo foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 550 dias multa, como incurso no art. 33. caput, da lei n. 11343/2006. Irresignada, a defesa recorreu.

O tribunal a quo deu provimento ao apelo para absolver o réu, sob a seguinte motivação (fls. 233-235, destaquei):

[...] Analisando os autos, verifico que a materialidade do delito restou sobejadamente comprovada através do BO de fl. 18/19- v, Auto de Apreensão de fl. 12, Laudo Toxicológico preliminar de fl. 13 e laudo toxicológico de fl. 59. Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação à autoria. O réu negou veementemente a prática delitiva, conforme se verifica, às fls. 100/101, destacando que as drogas não lhe pertenciam e que não ocorreu da abordagem policial, mas, sim, outros quatro indivíduos o fizeram por terem sido perseguidos pela guarnição e acabaram por fugir. As duas únicas testemunhas ouvidas (fls. 102/105), os policiais militares afirmaram, em síntese, que visualizaram, por meio de campana, vários indivíduos pegando algo com o apelante e este lhes passando outro objeto, em atitude típica de tráfico de drogas. Ao avistar a viatura, o increpado teria iniciado fuga e, em seguida, veio a encontrar com os policiais que o surpreenderam do outro lado. Nesse momento, afirmam, Davidson dispensou certa quantidade em dinheiro e um pote plástico, onde estavam acondicionadas as drogas. **Do que se deduz dos trechos citados supra, as palavras dos policiais ouvidos em juízo mostram-se frágeis, tendo em vista que isoladas, não suportam por quaisquer outras testemunhas. De mais a mais, muito**

embora os policiais tenham sido categóricos ao afirmar que foram vários usuários visualizados comprando droga com o increpado, nenhum deles foi ouvido, sequer na fase administrativa. Venho defendendo reiteradamente a credibilidade das declarações dos policiais envolvidos na prisão do acusado, desde que corroboradas por outros elementos probatórios, o que não acontece aqui. Claro que depoimentos de policiais não são automaticamente despidos de qualquer valor, todavia, é certo que, neste caso, nada pode ser apontado como elemento de prova que corrobora a atribuição da propriedade da droga ao réu. Já me manifestei em outras oportunidades, afirmando que “a prova, no tráfico de drogas, deve ser apreciada em seu conjunto, não havendo que se desprezar depoimentos prestados por policiais, mormente quando seguros, precisos e uniformes, sem qualquer razão concreta de suspeição e corroborados pelas demais provas produzidas nos autos.

**Esclareço:** Não deve o julgador descartar de modo absoluto depoimentos de policiais presumindo que são interessadas na condenação, mas deve certamente examinar seu conteúdo e confronta-lo com os demais elementos produzidos para atribuição de valor. Vale dizer: os depoimentos dos policiais são tomados como depoimentos de qualquer outra testemunha. Ninguém que depõe em juízo é, antes de qualquer confrontação de provas, presumidamente a boca da verdade ou a boca da mentira. O que deve nortear a convicção do julgador é o que foi produzido em juízo (apenas para registro, o réu também utilizou a mesma versão na fase policial, fl. 05) e, nesta esteira, é fato que se tem apenas as declarações dos policiais envolvidos na diligência que resultou na prisão do apelante. Não é que não sirvam, como já afirmado e reafirmado. Servem na medida em que estejam em consonância com outros elementos colhidos ao longo da instrução criminal. É muito importante ressaltar, ainda que já esteja claro, que não estou, de modo algum, desconsiderando as declarações das testemunhas pelo simples fato de serem policiais. Também não estou concedendo crédito absoluto à narrativa do increpado, no sentido de que não fugia da atuação policial e que não estava no poder das drogas apreendidas. Estou a reconhecer, como venho fazendo em minhas manifestações, que os depoimentos dos policiais, como e o caso, na prisão em flagrante do acusado, devem ser corroborados por outros elementos de prova. Aqui não estão.

Pela leitura do excerto transcrito, verifico pelo tribunal local, após toda a análise do conjunto fático probatório amealhado aos autos, conclui u que a versão apresentada pelos policiais que atuaram na prisão em flagrante do réu estava isolada dos autos, inexistindo outros elementos que a corroborasse, a indicar a fragilidade da prova colhida. Insuficiente, portanto, para justificar a condenação do acusado pelo tráfico de drogas.

Por essas razões, mostra-se inviável modificar a conclusão das instâncias ordinárias, sobretudo se considerado que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela desclassificação do delito ou pela absolvição do acusado, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos. Ainda que assim não o fosse, não se pode olvidar que, para entender-se pela condenação dos réus como incurso no art., caput, da lei 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo conjunto fático probatório produzido nos autos, providencia, conforme cediço, incabível em recurso especial, nos termos da súmula n 7 STJ.

Assim, o recurso não deve ser conhecido. À vista do exposto, conheço do agravo para com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c 253. Parágrafo único, II, a, do RISTJ, não conhecer do recurso especial.<sup>115</sup> (grifos nossos).

---

<sup>115</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 13063 - MG (2018/013667-0)**. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Davison Barreto da Silva. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de ago. 2018, Diário Oficial da Justiça DF, 9 de ago. 2018. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610732642/agravo-em-recurso-especial-aresp-1306127-mg-2018-0136677-0?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610732642/agravo-em-recurso-especial-aresp-1306127-mg-2018-0136677-0?ref=topic_feed)> Acesso em: 19 de set. 2019.

Desta forma, é notório que existe essa necessidade de estar atento para com este meio de prova, sendo necessário uma aferição acerca da sua credibilidade em cada caso concreto e não atribuir um valor absoluto para o mesmo. No entanto, em que pese toda fragilidade ora exposta, através das possíveis parcialidades mencionadas, o posicionamento majoritário <sup>116</sup> das decisões no âmbito do Rio de Janeiro tem sido em defesa de uma valoração absoluta deste meio de prova, atribuindo-lhe assim presunção de veracidade do mesmo, conforme será demonstrado a seguir.

### 3.2. A súmula 70 TJ/RJ e o valor absoluto atribuído por este tribunal a prova testemunhal policial.

A palavra súmula<sup>117</sup> pode ser definida como sendo um agrupamento de decisões de um mesmo tribunal, acerca de um mesmo assunto, objetivando uma maior agilidade no que cerne a prolação de uma decisão do magistrado e –também– uma uniformização entre as decisões. Nesse contexto, já se concentrando no objeto de análise, toma-se o exemplo real que motivou a referida súmula objeto deste capítulo: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebendo dezenas de casos envolvendo a problemática em torno do alvo principal deste trabalho, qual seja, a valoração da prova testemunhal policial. Isto é, muitos recursos chegando ao TJ RJ advindos de sentenças do juízo a quo<sup>118</sup> onde o mesmo fundamentou uma decisão condenatória com base somente nos depoimentos dos policiais envolvidos no caso.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Quando falo no posicionamento majoritário do das Câmaras Criminais do TJ RJ é no sentido de que fiz uma análise acerca de cada câmara, estudei diversos casos e constatei que sua maioria atribui valor absoluto para com este meio de prova, colocando sobre ele uma presunção de veracidade. Porém, é preciso ressaltar que existem decisões que afirmam a necessidade dessa aferição caso a caso, e não admitindo uma condenação somente e unicamente com base no depoimento policial. Porém, no meu estudo, na minha análise de casos, foi raro aparição destas. Sendo recorrente as primeiras, qual seja, condenando com base apenas da prova testemunhal policial, fundamentando na presunção de veracidade do ato e na súmula 70 TJ RJ. Isso poderá ser visto no próximo tópico, no momento que adentrarei na análise de casos.

<sup>117</sup> É importante destacar que existem dois tipos de súmulas no ordenamento jurídico, sendo elas: A súmula “normal” e a súmula vinculante. Esta, foi inserida através da Emenda constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 103 da Constituição Federal o artigo 103-A que trata da chamada súmula vinculante. O que a diferencia da primeira é que esta tem um caráter vinculante, isto é, se for editada de acordo com o teor expresso no seu artigo de previsão, deverá ser seguida por todos os tribunais e demais entes da administração pública, por isto o seu segundo nome de “ vinculante”, pois vincula os demais. Já a primeira, não detém deste segundo nome, ou seja, não detém de vinculação em duas decisões.

<sup>118</sup> Entende-se por é juízo a quo o juízo de primeira instância, isto é, aquele que primeiro julgou o caso apresentado.

<sup>119</sup> Não todos. Como se verá mais adiante, há juízes de 1º grau que tem entendimento contrário a referida súmula, mas é extrema minoria.

Argumenta-se, de um lado, que condenar alguém somente com base na palavra de policiais, sem outras provas, seria errôneo, uma vez que tal meio de prova apresenta toda fragilidade já exposta; por outro lado, argumenta-se no sentido de que o agente policial – como uma personificação do estado- estaria coberto pelas prerrogativas atinentes ao Estado e , por isso, seria o suficiente para condenação ser legal<sup>120</sup>. E, nesse sentido, diante dos inúmeros casos, envolvendo essa mesma temática, que estavam chegando no tribunal, tendo a mesma decisão, o TJ RJ decidiu editar uma súmula, para que quando viesse a se debruçar sobre essa mesma discussão, poderia invoca-la em sua fundamentação. Foi nesse contexto que fora editada a súmula 70 TJ RJ, *in verbis*: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”<sup>121</sup>.

De acordo com o texto exposto, teria o TJ RJ firmado entendimento no sentido de atribuir um valor absoluto a prova testemunhal policial? Teria ele adotado uma possível presunção de veracidade da mesma? Teria sumulado o entendimento no que cerne a admitir uma sentença condenatória com base única e exclusiva no depoimento policial? Sem buscar/questionar outros meios probatórios?

Entende-se que sim. Ao menos é o que tem entendido a posição majoritária, as jurisprudências, do referido tribunal e – até mesmo- das instâncias inferiores. Em que pese algumas decisões em contrário, quando o recurso chega ao Tribunal, via de regra<sup>122</sup>, este confirma a sentença ou a reforma fundamentando-a com o teor textual da súmula 70. Assim, chega-se à conclusão que se houver somente a prova relacionada ao depoimento do agente policial, mas inexistirem demais provas, mesmo assim, mesmo com toda parcialidade já demonstrada, isto não será impedimento para condenação, ocasionando- assim- um valor absoluto para com este meio de prova, como se passará a ver a seguir:

Como fora dito no tópico atinente a prova testemunhal policial, há um posicionamento que defende a presunção de legalidade deste meio de prova, tendo em vista sua atuação funcional. Neste sentido, com base neste argumento e do corolário da súmula em análise, tem-

<sup>120</sup> Esse binômio será mais explorado em capítulo posterior.

<sup>121</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: < <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>> Acesso em: 11 set. 2019.

<sup>122</sup> Como se verá adiante, existem decisões neste tribunal que entendem pela inaplicabilidade desta súmula, uma vez que só a prova testemunhal policial não seria suficiente para uma sentença condenatória, sendo necessário outros meios de provas para maior eficácia acerca da decisão.



se atribuído valoração absoluta para este, senão, vejamos, a partir das análises que faremos nos casos a seguir:

(...) Aliás, não se afigura razoável admitir que o Estado permita fazer-se representar por agentes indignos de credibilidade. **Pensar de outra forma seria subverter por completo a presunção de legalidade, atributo essencial dos atos administrativos,** notadamente quando ausente qualquer fato indicativo de que as declarações dos policiais não possam merecer crédito e aptidão para embasar a convicção judicial.<sup>123</sup> (grifo nosso).

Dentro desta perspectiva, há inúmeras decisões corroborando isto, ou seja, atribuindo presunção de veracidade para com este meio de prova, quais sejam:

APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUE NÃO SE SUSTENTA. PROVA COLACIONADA ROBUSTA E CABAL. QUANTIDADE E MODO DE ARMAZENAMENTO DE DROGA INCOMPATÍVEIS COM CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO. Prova. Testemunhas de visu. Negativa irrelevante. A prova carregada aos autos é firme e segura no sentido de proclamar o real envolvimento do acusado na empreitada criminosa de que ora se cuida. O acusado praticou conduta proibitiva do art.33, caput, da Lei 11343/06. **Depoimento policial que goza de presunção de veracidade. Inteligência do Verbete 70 do E.TJERJ. Nesse sentido, não há que se falar em insuficiência probatória,** sendo a prova coligida suficiente a confirmar que o acusado realizava o tráfico ilícito de entorpecentes, devendo permanecer, portanto, a condenação imposta. Alegação de ser o acusado mero usuário. A grande quantidade de droga encontrada em poder do acusado (104g de cocaína e 36g de crack), bem como o local em que se desenvolveu a ação delituosa e o modo de seu armazenamento (cento e cinquenta e três pedras de crack e quatrocentos sacolés de cocaína) afastam a versão defensiva de que o acusado é apenas usuário de droga. Desprovemento do recurso.<sup>124</sup>

Neste recurso de apelação, restou-se evidente que fora dado uma valoração absoluta para com a prova testemunhal policial, uma vez que para esta fora dado prevalência sobre a do acusado, tendo servido como fundamento básico a súmula em estudo e a transportação dos preceitos administrativos para a seara processual penal, uma vez que se fundamento com presunção de veracidade destes, conforme grifo acima.

Além desta,

EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DENUNCIADO E CONDENADO PELO CRIME CORRUPÇÃO ATIVA (ART.333 DO CÓDIGO PENAL). CRIME FORMAL. VANTAGEM INDEVIDA OFERECIDA A POLICIAIS MILITARES PARA QUE NÃO EFETUASSEM A SUA PRISÃO EM VIRTUDE DA POSSE DE

<sup>123</sup>BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0002156-04.2013.8.19.0065.** Apelante: Alexandre Luiz da Silva. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. José Muiños Piñeiro Filho. Publicação: 22 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000447A11E54B2933C5A29A1C6D6BF3ED146C50457430813&USER=>>>. Acesso em: 29 out. 2019.

<sup>124</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0035159-81.2009.8.19.0002** Apelante: Rogerio Limas dos Santos. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. Renata Machado Cotta. Publicação: 22 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201005003494>> Acesso em: 29 out. 2019.

DROGAS. INCONFORMISMO DEFENSIVO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA, POR PRECARIIDADE DA PROVA, FUNDAMENTADA NA FRAGILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES E NÃO EVIDÊNCIA DE DOLO POR PARTE DO APELANTE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO. DEPOIMENTOS SÃO FIRMES, SEGUROS E UNÍSSONOS NA NARRATIVA DA DINÂMICA DOS FATOS. DEPOIMENTOS PRESTADOS POR ESTES AGENTES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO **OSTENTA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE**.<sup>125</sup>

(...) A autoria e a materialidade estão estampadas pelas provas colhidas, isto é, registro de ocorrência; auto de Apelação Criminal nº 0004222-56.2012.8.19.0011 Página 4 de 17 apresentação e apreensão; auto de prisão em flagrante, bem como testemunho dos policiais, em sede inquisitorial e judicial (fls. 07/08 e 73/74), com credibilidade bastante, em face dos demais elementos de prova, suficientes para autorizar condenação conforme já pacificado (**Súmula nº 70 desta Corte**). (grifos nossos).

Como se pode depreender deste, apesar de ser uma outra câmara criminal, esta adota o mesmo entendimento da anterior, qual seja, o de presunção de veracidade dos depoimentos policiais, condenando – assim- o réu somente com base nestes. Nessa perspectiva, vale mencionar o posicionamento das outras câmaras componentes do tribunal, ambas com base nesta presunção de veracidade e com fundamento na súmula 70 TJ RJ, sendo elas:

Nesse mesmo sentido, toma-se como exemplo mais uma decisão tendo como base somente este meio de prova:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - SENTENÇA CONDENATÓRIA IMPUTANDO AO APELANTE O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 À PENA DE 03 ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 10 DIAS MULTA, SENDO FIXADO O REGIME ABERTO E SUBSTITUIDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA - RECURSO DEFENSIVO QUE PRETENDE A ABSOLVIÇÃO ANTE A PRECARIIDADE DA PRODUZIDA - PROVA SEGURA E FIRME ACERCA DA AUTORIA - DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS MILITARES SEGUROS E FIRMES AS QUAIS DEVEM SER MANTIDAS - SUMULA 70 TJ/RJ - APELANTE QUE EXERCEU O DIREITO CONSTITUCIONAL DE PERMANECER EM SILÊNCIO - PENA BASE FIXADA NOS MÍNIMOS LEGAIS AS QUAIS SE MANTÉM - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO CONCERNENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E MULTA QUE IGUALMENTE SE MANTÉM - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0004222-56.2012.8.19.0011**. Apelante: Augusto de Souza Castro. Apelado: Ministério Público. Rel. des. José Muiños Piñeiro Filho. Publicação: 14 de julho 2014 Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049488C14B6B24FA9CF856170C428E22B5C5031C10222E&USER=>>> . Acesso em: 17 nov. 2019.

<sup>126</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0019933-63.2010.8.19.0014** Apelante: Bruno Rodrigues Guedes Coelho. Apelado: Ministério Público. Rel. des. Fernando Antonio de Almeida. Publicação: 06/03/2018. Disponível em:

Neste caso, após uma análise disto, é evidente que esta decisão também foi fundamentada somente com base na prova testemunhal policial, uma vez que – conforme relatado na denúncia – a única prova que há é o depoimento dos policiais. E, para isto, o magistrado de primeiro grau deu valor absoluto a prova testemunhal policial, o que fora corroborado na decisão de segunda instância, materializada no acórdão acima destacado. Fato notório é que ambas encontram seu sustentáculo na súmula em análise, sem demais meios de provas aptos a lastrear a sentença condenatória.

E nessa toada e que são proferidas diversas decisões judiciais neste sentido, com o respaldo da mencionada súmula.

No mérito há elementos probatórios suficientes a comprovar, de forma inequívoca, a materialidade e a autoria do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais como o depoimento dos policiais em ambas as fases, bem como da prisão em flagrante do acusado na posse de considerável quantidade de substância ilícita, acondicionada de forma própria para o comércio. E, para aferição do exercício da atividade ilegal em comento, despiciendo que o agente seja flagrado em efetiva venda e auferimento de lucros, uma vez que no núcleo do tipo estão previstas 18 (dezoito) condutas diferentes, razão pela qual a prática de apenas se adequa à narcotraficância. Encontra-se pacificado na jurisprudência e na doutrina que os **depoimentos de policiais militares gozam de presunção de veracidade**, pela simples condição funcional, desde que não infirmada por outros elementos de prova, é a hipótese dos autos. Incidência da Súmula 70 deste Eg. Tribunal de Justiça.<sup>127</sup> Grifo nosso.

Chega-se ao ponto alarmante no que cerne a isto, visto que o magistrado chega a admitir a divergência nas declarações, mas, mesmo assim, acaba por conferir a presunção de veracidade, veja:

Se o conjunto probatório não enseja dúvidas em relação à materialidade e à autoria do crime de tráfico ilícito de drogas, impõe-se a condenação do réu nos seus termos. Na hipótese, não obstante possa a quantidade das drogas apreendidas e a forma de seu acondicionamento, especificamente da maconha, trazer alguma dúvida sobre a sua destinação à mercancia, tal se afasta pela diversidade das drogas encontradas na posse do apelado, de dois tipos, somada aos demais elementos de prova, referentes às circunstâncias da prisão relatadas no auto de prisão em flagrante, aos bens apreendidos em sua posse - telefone e revólver -, ao local da prisão, e ao teor dos depoimentos colhidos judicialmente, que atribuem certeza acerca de sua destinação à mercancia. **Os depoimentos dos policiais militares possuem inteira credibilidade, porquanto são harmônicos e firmes quanto à dinâmica dos fatos, divergindo apenas em detalhes que, por si só, não têm o condão de desmerece-los,**

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.014.019511-0>> Acesso em: 17 nov. 2019.

<sup>127</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0024043-48.2011.8.19.0054** Apelante: Luiz Felipe Coutinho Fonseca. Apelado: Ministério Público. Rel. des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt.. Publicação: 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B2291AC833114921F8AFC0ABC29D8079C502544F3161&USER=>>> Acesso em: 17 nov. 2019.

**especialmente, à consideração das inúmeras diligências que os policiais realizam diariamente, impedindo recordarem-se de várias minúcias, não havendo como discutir, por isso, sua validade, incidindo na hipótese o entendimento consolidado nos Tribunais, inclusive nesse, por meio da Súmula 70<sup>128</sup>.** (Grifo nosso).

Posto essas decisões, torna-se notório o posicionamento destas, sendo elas: aferição de presunção de veracidade deste meio de prova ficando sua fundamentação na súmula 70 TJ RJ. Desta forma, em que pese não trazer isto escrito expressamente, pode-se inferir que a verbete do tribunal abre espaço para essa interpretação acerca da presunção de veracidade absoluta dos depoimentos policiais, conforme foi exposto no que tange as decisões das referidas câmaras criminais. Evidenciando-se assim a problemática nisto, tendo em vista o óbice deste meio de prova, uma vez que já demonstrada a questão da parcialidade e da consequente fragilidade desta, além de forçar uma inversão no que tange ao ônus da prova, como se verá no capítulo posterior. Assim, atribuindo-se valor absoluto- devido a presunção de veracidade - para com este meio de prova, estar-se-ia violando direitos e garantias do acusado, conforme se passará a analisar no capítulo posterior.

Porém, antes disto, é preciso ressaltar que há decisões- posição minoritária- deste egrégio Tribunal, que se atentam para a referida problemática acerca da valoração absoluta do depoimento policial, uma vez que rejeitam a mencionada súmula, tendo em vista a insuficiência de provas, conforme acórdão a seguir<sup>129</sup>:

Denúncia que imputa ao acusado a conduta ilícita do tráfico de drogas, na modalidade ter/guardar em depósito drogas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Materialidade e autoria comprovados. Sentença condenatória. Pena de 02 anos reclusão e 200 dias-multa, no valor mínimo unitário, em regime fechado, substituída por restritivas de direitos. Recurso defensivo em busca da absolvição, mediante a tese da fragilidade probatória. **Embora se reconheça a validade das palavras dos policiais militares, esses depoimentos não se revestem de presunção absoluta de veracidade. Cabe ao julgador analisar-las diante do contexto probatório geral. Absolvição com lastro no art. 386, VII do CPP.** 1-A prova carreada aos autos não é cristalina e reserva aos autos incertezas sobre a prática do crime descrito na denúncia, qual seja, tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei nº11.343/06). 2-Embora o relato dos policiais, por incidência da Súmula nº 70 TJRJ, possa constituir prova válida para imposição de uma condenação, contudo, não há espaço para lançar mão do verbete quando possível ao Estado produzir outras provas e se queda inerte.

<sup>128</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0024960-27.2014.8.19.0001**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Charles de Oliveira Barbosa. Rel. des. Katia Maria Amaral. Data de publicação: 10 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF2A8ECC0CEF5D5F2D401E224E1645BBC50437032D06&USER=>> Acesso em: 17 nov. 2019.

<sup>129</sup> É preciso retomar o conceito e diferenciação entre súmula e súmula vinculante. Como já fora explicitado na nota de rodapé nº 114, a diferença entre ambas está a súmula vinculante tem como ápice a obrigatoriedade de vinculação com relação as demais decisões. Porém, como estamos falando da súmula 70 TJ RJ, esta não tem esse condão de obrigatoriedade das câmaras criminais do referido tribunal, motivo pelo qual existem decisões – totalmente minoritárias- contrárias a ela, e que se alinha ao posicionamento deste trabalho.

3-No caso dos autos, escapa à visão mais aguçada qualquer circunstância que pudesse ligar o réu à mercancia de entorpecentes, a suscitar a fragilidade da prova da traficância. Isso porque os depoimentos prestados pelos policiais militares na fase judicial, não são hábeis o suficiente para evidenciar que a substância entorpecente arrecadada com o réu teria destinação mercantil. E, sendo este o alicerce do decreto condenatório, ameaçada está sua higidez.<sup>130</sup>

Apesar de ser posição amplamente minoritária, é neste último que se encontra o posicionamento deste trabalho, uma vez que se atendo ao posicionamento majoritário deste tribunal, qual seja, a atinência a mencionada súmula com aferição de presunção de veracidade da prova testemunhal policial e sua conseqüente valoração absoluta, estar-se-ia violando diversos direitos e garantias constitucionais e processuais penais atinentes a parte mais frágil da relação processual, qual seja, o réu, conforme se demonstrará a seguir.

---

<sup>130</sup> BRASIL, TJ RJ 7ª Câmara Criminal des. Joaquim Domingos de Almeida Neto. Apelação 0004576-40.2013.8.19.0078. Data: 28/08/2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2015.050.09907> . Acesso em: 17/11/2019

#### **4. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO QUE TANGE A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL POLICIAL E A SÚMULA 70 TJ RJ: AFASTABILIDADE DOS PRECEITOS ADMINISTRATIVOS E UMA VALORAÇÃO RELATIVA A ESTE MEIO DE PROVA QUE SE IMPÕE**

Diante de todo cenário exposto, chega-se a seguinte contexto fático no âmbito do Estado do Rio de Janeiro: os questionamentos acerca da prova testemunhal policial, tendo em vista o seu interesse em legitimar sua atuação e, por conseguinte, as dúvidas no que tange a sua parcialidade. Por outro lado, a existência da súmula 70 TJ RJ que -de acordo com seu teor textual- dá aberturas para interpretações no sentido de valoração absoluta, de presunção de legalidade no depoimento destes, retirando o réu da sua presunção de inocência devido somente – e unicamente- o depoimento policial. O que acaba por ocasionar em diversas condenações com base exclusivamente neste meio de prova, invertendo toda uma lógica processual de protecionismo, de materialização do princípio da isonomia no seu sentido material, visando a igualdade entre os sujeitos processuais, exteriorizada nos direitos e garantias do acusado no teor do processo.

E, neste sentido, com a atual vigência da súmula e as interpretações de presunção absoluta do depoimento policial, afronta estes direitos, o que motiva a posição deste trabalho pela defesa da revogação da súmula e a consequente imposição de valor relativo a este meio de prova, como se passará a ver a seguir.

##### **4.1. A não (!) presunção de veracidade no que tange ao depoimento policial no processo penal sob pena da não concretização do princípio da isonomia substancial e da paridade de armas.**

Conforme foi visto no capítulo acerca do princípio da isonomia, é preciso que se garanta uma paridade de armas entre os sujeitos processuais. Porém, devido a posição de extrema vantagem do estado, o Ordenamento Jurídico impôs algumas regras que favorecem ao réu, buscando assim uma maior paridade, maior equidade entre os sujeitos processuais. No entanto, o TJ RJ ao sumular o entendimento que somente o depoimento policial não desautoriza a condenação, deu abertura para as interpretações jurisprudenciais no sentido de presunção de

veracidade, valoração absoluta no que tange a prova testemunhal policial, conforme já visto. Tudo isto em detrimento a palavra do acusado, acabando- por assim- acentuar a disparidade já existente entre o estado e o acusado, indo no caminho contrário a essência constitucional de atenuação das desigualdades entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, preleciona José Afonso da Silva<sup>131</sup>:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Na mesma linha, aduz Gustavo Henrique Badaró:<sup>132</sup>

No processo, a igualdade de partes garante a paridade de armas entre os sujeitos parciais. Todavia, a função de assegurar a igualdade de parte não é só do juiz, que deve lhes dar o mesmo tratamento. Também do legislador, ao disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual<sup>133</sup>”

Fazendo uma analogia destes trechos citados para com este trabalho, é possível perceber que o judiciário do RJ, com a edição da súmula, acabou por acentuar uma situação de desigualdade claramente já desigual.

Explica-se: Como já foi dito, o réu encontra-se em uma posição desigual perante a persecução penal do estado. Neste caso, tomando como pressuposto o trecho acima, o legislador – no caso o judiciário do RJ- até poderia editar uma súmula deixando algum sujeito com uma certa vantagem, mas deveria fazê-lo a fim de atenuar uma situação já desigual e não exacerbando-a. Pois, se está dando abertura para interpretações onde se dá valor absoluto a palavra do policial em detrimento do réu, que é parte mais frágil no processo, retirando deste direitos – tais como: presunção de inocência, não inferência do in dubio pro réu, a não aplicação da regra do ônus da prova- para dar uma posição de vantagem ainda maior no que tange ao poder punitivo estatal.

<sup>131</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 221.

<sup>132</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2015. Op. Cit. p. 55.

<sup>133</sup> Vale ressaltar que quando Badaró fala em “garantir a isonomia das partes na dinâmica processual, está falando em não dar vantagem indevida a uma parte ou outra, mas não questionando as consequências do favor rei para o acusado. Como já fora citado, este doutrinador concorda com estas para com o réu, tendo em vista a flagrância posição de desigualdade deste perante o órgão acusador.

Desta forma, o princípio da isonomia- em seu sentido material- da paridade de armas, não está sendo seguido na sua essência, para seu principal objetivo, qual seja, o de minimizar a posição de vantagem do estado, insculpido no Ministério Público. Pois, de acordo com a súmula, e sua abertura textual para com o valor absoluto da prova testemunhal policial atribuído a ela, está se potencializando ainda mais o poder de vantagem do estado sobre o acusado. Assim, a palavra de um vale tanto mais que a do outro que é capaz, dela sozinha, tirar o acusado do seu estado de presunção de inocência para condená-lo, somente com base neste meio de prova, ao qual já fora discutido toda sua fragilidade, tendo em vista as questões das parcialidades.

4.2. A não (!) presunção de veracidade no que tange ao depoimento policial no processo penal sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e da consequente regra do *in dubio pro réu*.

Ainda com relação à violação do princípio em questão, para uma maior elucidação, toma-se um exemplo prático acerca do caso, através da análise de uma decisão judicial, tendo como fundamento a súmula em questão:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA DENUNCIA EM RAZÃO DA PRECARIÉDADA DE PROVA – RECURSO MINISTERIAL QUE PRETENDE A CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA PREVISTA NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06 – POSSIBILIDADE – PROVA SEGURA E FIRME PARA UM DECRETO CONDNDATÓRIO – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE DEMONSTRAM A OCORRENCIA DO CRIME E SUA AUTORIA – SUMULA 70 TJ/RJ – APELADO QUE NÃO PRODUZIU QUALQUER PROVA EMBORA TIVESSE TIDO OPORTUNIDADE – VERSÃO APRESENTADA QUE RESTOU ISOLADA DIANTE DO CONTEXTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE COM APLICAÇÃO DA PENA BASE NOS MINIMOS LEGAIS – APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06, NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), TORNANDO A PENA EM DEFINITIVO EM 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS MULTA, PROCEDENDO A SUBSTITUIÇÃO DO SALDO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA POR UMA ALTERNATIVA A SER DEFINIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO. – PROCEDENCIA DO PEDIDO -

Fazendo uma análise dos pormenores da determinada decisão, através de consulta processual, torna-se notória a violação do princípio em análise. De uma forma sucinta, há duas versões: de um lado, os policiais militares -que efetuaram a prisão em flagrante- afirmando que



quando foi abordado, o acusado confessou que estava com as drogas (maconha e cocaína) e que estava vendendo-as a serviço da facção local da comunidade. Por outro lado, porém, este relato foi prontamente negado pelo réu em juízo, onde o mesmo negou a traficância e as demais imputações contidas na denúncia (fls.118/119).

Nessa perspectiva, em linhas diretas, há a seguinte situação: de um lado o depoimento dos policiais que afirmaram a confissão do acusado com relação a venda de drogas para tráfico local, o que configuraria- em tese- o delito imputado (art. 33 da Lei 11.343/06). Por outro lado, a versão do acusado que negou veementemente estes fatos. Assim, não tem como ter certeza de quem fala a verdade, ocasionando- assim- a dúvida na magistrada. E, diante de todo o contexto que fora analisado neste trabalho, de toda a prevalência da CF pela parte mais frágil da relação processual penal, a magistrada seguiu os mandamentos constitucionais e absolveu o acusado pela insuficiência de provas. Não por desconfiar, desacreditar das palavras dos agentes policiais, mas sim pelo fato da ausência de certeza por conta da confrontação de palavras, se materializando- assim- a dúvida e, nesta, devendo-se incidir o princípio favor rei, ao qual afirma que na dúvida deve-se absolver o réu, uma vez que este é considerado presumidamente inocente, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, tendo em vista a dúvida acerca dos fatos, a magistrada prolatou decisão absolvendo o réu, uma vez que o lastro probatório fora ínfimo e que o Ministério Público tem o dever de provar os fatos alegados, conforme trecho extraído da sentença:<sup>134</sup>

(...)Ainda que o material apreendido indique de forma contundente o exercício da atividade de tráfico de entorpecente no local, os mesmos não foram transformados em provas seguras e firmes. A certeza da prática da conduta deve ser cristalina e com suporte probatório capaz de sustentar um decreto condenatório, pois, em caso contrário, com a persistência da dúvida, ela milita em favor do réu. Sabe-se que a condenação é bastante gravosa para o agente, e não se pode, no Direito Penal, proferir uma decisão condenatória sem que reste indubitavelmente comprovada a prática pelo acusado dos fatos imputados na denúncia, exigindo-se, portanto, para uma condenação, que os indícios sejam transformados efetivamente e, sem sombra de dúvidas, em prova firme, clara e segura, exigindo-se prova apta a demonstrar, de forma precisa, a atuação efetiva do réu no tráfico de entorpecentes e nos demais crimes a ele imputados na exordial. Como na hipótese destes autos não se chegou a uma certeza plena quanto à participação do acusado na traficância, deve ele ser absolvido na forma do artigo 386, inciso VII, do Código Penal, introduzido pela Lei nº 11.719/08, eis que o ônus de provar

<sup>134</sup>Trecho extraído da sentença. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0043286-26.2011.8.19.0038**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Fernando Silva de Andrade Elias. Rel. Des. Fernando Antonio de Almeida. Data de julgamento: 13 de junho de 2017. Data de publicação: 21 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.038.042438-6>> Acesso em: 19 de nov. 2019)

a imputação contida na denúncia, com todos os seus elementos constitutivos, tanto subjetivos quanto normativos, cabe ao Ministério público, sendo tal ônus insubstituível por presunções ou probabilidades.

Nessa perspectiva, é fato notório que sustentáculo da decisão da magistrada é a fragilidade da prova apresentada. Ora, é palavra de um contra o outro. Não existem mais provas para sanar a dúvida acerca do fato. Nesse caso, deve incidir o princípio do *In Dubio Pro réu*, uma vez que assim o prevê expressamente a carta magna do Estado Brasileiro, ocasionando- assim- na absolvição do réu pela fragilidade da prova, como prevê expressamente o Código de Processo Penal, in verbis: “O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII- não existir prova suficiente para condenação”.<sup>135</sup>

Neste caso, agiu corretamente a magistrada de 1ª instância, tendo em vista que no que tange a dúvida acerca do fato, ter-se-á de atender ao princípio da presunção de inocência e da consequente regra do *in dubio pro reo*, corroborado assim pelo mandamento expresso no Código de processo penal.

No entanto, a sentença foi reformada, em sede de apelação, pelo acórdão citado. Dentre a fundamentação disto, encontram-se a mencionada súmula 70 deste Tribunal, autorizando a condenação única e exclusivamente no depoimento policial. Segue alguns trechos desta fundamentação:

(...)Os depoimentos dos policiais militares, por sua vez, foram seguros e firmes. Não há dúvida quanto a integridade dos mesmos, pois os agentes públicos prestam depoimentos como qualquer pessoa, sob o crivo do contraditório e o compromisso de falarem a verdade, possuindo o mesmo valor jurídico dos demais meios de prova, e estando firmes e harmônicos devem ser mantidos íntegros e aptos a subsidiar a conclusão de uma questão. No caso dos autos, não se vislumbrou qualquer contradição ou falta da verdade a levar a Magistrada de primeira instância a desconsiderá-los para impor a absolvição do réu. Os depoimentos dos policiais foram proferidos com clareza, segurança e não demonstraram interesse, sendo, portanto, válidos e capazes de respaldar a materialidade e a autoria delitiva. As narrativas dos militares respaldaram e ratificaram exatamente o constante da peça acusatória e não há como deixar de acolhê-las, posto que em perfeita sintonia e **negar veracidade** a mesma é desprezar sem motivos as demais provas<sup>136</sup>

Nesse contexto, percebe-se que a única prova mencionada é o depoimento dos policiais militares envolvidos na prisão, o que acaba por deixar a dúvida pairar sobre o magistrado, uma

<sup>135</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

<sup>136</sup> Trecho extraído da sentença. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0043286-26.2011.8.19.0038**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Fernando Silva de Andrade Elias. Rel. Des. Fernando Antonio de Almeida. Data de julgamento: 13 de junho de 2017. Data de publicação: 21 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.038.042438-6>> Acesso em: 19 de nov. 2019)

vez que é a palavra de um contra o outro. Devendo-se decidir para com o acusado, tendo em vista mandamento constitucional da presunção da inocência – e da consequente regra do *in dubio pro reo* – mas não é o que ocorre, ocasionando assim na violação destes princípios. Neste contexto, vale ressaltar o que Nestor Távora<sup>137</sup> expõe sobre o tema:

**A dúvida sempre milita em favor do acusado (in dubio pro reo).** Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o status *libertatis* do imputado, este último deve prevalecer. (...) Nesse contexto, o inciso VII do art. 386 do CPP, prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador, típica positividade do favor rei (também denominado de *favor innocentiae* e *favor libertatis* (grifo nosso)

Conforme posto, há uma violação da regra do *in dubio pro reo*, esta decorrência direta do princípio constitucional da presunção de inocência. Isto ocorre, tendo em vista a aferição de valor absoluto a prova testemunhal policial, contrapondo-se a palavra do acusado. Ora, uma pergunta é inevitável: o por que dar total crédito a palavra de um e não de outro? Se por um lado, o acusado tem interesse a demonstrar que não cometeu nenhum delito, por outro, os agentes policiais também são parciais, conforme já demonstrado durante este trabalho. Nesse sentido, vale as palavras do promotor de justiça Fernando Capez:<sup>138</sup>

Os policiais não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados testemunhas inidôneas ou suspeitas, pela mera condição funcional. Contudo, embora não suspeitos, tem eles todo o interesse em demonstrar a legitimidade do trabalho realizado, o que torna bem relativo o valor de suas palavras. Por mais honesto e correto que seja o policial, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo estará sempre procurando legitimar sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível(...)

Como bem disse o ilustre promotor de justiça aqui citado, não se está colocando em jogo a honestidade do agente policial, mas sim que o mesmo tem todo o interesse na demonstração da legalidade do seu ato, uma vez está passível dos três tipos de parcialidades (já demonstradas no capítulo sobre as especificidades da prova testemunhal policial). Vale ressaltar que não se pode generalizar, não são todos que usarão disto, mas só de existir a possibilidade, abre-se caminho para dúvida e, na dúvida, deve-se favorecer ao réu, pois este é presumidamente inocente e só poderá ser tirado deste estado de inocência quando incorrer provas cabíveis, sem dúvidas acerca destas, como o mandamento constitucional previsto.

<sup>137</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 2018. Op. Cit. p. 88.

<sup>138</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2014. Op. Cit. p. 363

#### 4.3. Da violação às regras expressas no código de processo penal

Conforme fora visto acima, este posicionamento majoritário do TJ RJ fincado na súmula 70, deste posicionamento tem advindo diversas violações aos direitos e garantias fundamentais atinentes ao réu. Porém, não é somente na Carta magna, mas também no Código de Processo Penal. Neste sentido, dando continuidade a isto, adentra-se na seara das violações expressas no CPP.

##### 4.3.1. Da violação a regra da vedação de sentenças condenatórias exclusivamente com os elementos investigativos.

Como já foi discutido no capítulo de introdução, quando um indivíduo infringi uma norma, nasce para o estado o poder dever de puni-lo. Neste sentido, existem os chamados procedimentos investigatórios. Estes funcionam como uma espécie de pré- processo, ao qual o estado busca a justa causa para o possível oferecimento da denúncia. Neste sentido, por ser um procedimento administrativo, não tem tecnicamente a figura do réu, afinal, o que se estar buscando a justa causa e, deste modo, não se apresenta as garantias deste réu, isto é, não se materializa o contraditório, a ampla defesa, dentre outros, visto que o réu não está presente tecnicamente.

Tendo isto em vista, o CPP tratou de evidenciar não ser possível utilizar única e exclusivamente deste procedimento administrativo para fundamentar uma sentença, uma vez que não se figuraram presentes as garantias do acusado. Deste modo, o art. 155 do CPP traz em seu bojo:

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”.<sup>139</sup>(Grifo nosso)

Neste sentido, trazendo este cenário para o deste trabalho, toma-se a seguinte situação onde a única prova constante nos autos é a testemunha policial, que fora realizada durante a fase de inquérito policial. Ora, como fora demonstrado na análise de casos práticos advindos dos acórdãos do TJ RJ – fincando sua fundamentação na súmula 70 e na presunção de

---

<sup>139</sup> BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Op. Cit.

veracidade destes, valorando-os assim de uma forma absoluta- torna-se evidente que estes foram transportados do Inquérito Policial para os autos do processo, para que assim fossem “repetidos” na forma de um possível contraditório e de uma possível ampla defesa. No entanto, isto não o é, uma vez que estes já estavam de pronto, sem participação do réu, e somente foram corroborados nos autos, apresentando – assim- uma clara violação a regra imposta, uma vez que os únicos elementos que fundamentam a decisão foram extraídos do inquérito. Nesse contexto, vale as lições de Aury Lopes Jr<sup>140</sup>.

(...) é recorrente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito. Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação “exclusivamente” (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação.

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 contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP. Portanto, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem na audiência.

Posto isto, o autor é preciso quando afirma ser um “engodo”, afinal, estar se tentando passar uma mantra de contraditório e ampla defesa, quando os jogam para os autos, porém é evidente que não há isto, tendo em vista que já foram finalizados no IPL, apenas transportados para os autos, sem que o acusado pudesse rebatê-los antes do magistrado auferir seu valor. Assim, diante das decisões analisadas, confrontando-as para com o teor do artigo em questão, percebe-se que este tá sendo violado, na medida em que o único meio de prova apresentado é o que fora realizado de pronto no inquérito policial.

#### 4.3.2. Da violação à regra processual penal acerca do ônus da prova

Em decorrência da violação acerca da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* – expostas no tópico 4.12., tem-se como consequência imediata a violação a regra imposta no artigo 156 do CPP, no que tange ao ônus da prova.

Pois, do momento que se tem a situação onde a palavra de um agente policial é meio de prova suficiente para prolação de uma sentença condenatória, em que pese ser a única prova, mesmo com o réu negando cabalmente os fatos impostos a ele, estar-se-ia obrigando o mesmo a produzir provas para provar a sua inocência, mesmo com o réu estando no plano da presunção

---

<sup>140</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2016. Op. Cit. pp. 480-481

de inocência, visto que – **segundo o ilustre professor Marco Antonio Barros- “o estado de inocência é um atributo inerente a toda pessoa”**

Neste sentido, vale destacar um acórdão do TJ RJ que evidencia muito bem esta situação, qual seja:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO EM DECORRÊNCIA DE PROVA ILÍCITA QUE NÃO MERECE PROSPERAR. GRAVAÇÃO, FEITA POR POLICIAIS, DE CONFISSÃO DE PRÁTICA DE CRIME DE HOMICÍDIO PELO PACIENTE, QUANDO DE SUA PRISÃO EM FLAGRANTE POR OUTRO CRIME, O DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFIRMAÇÃO DO POLICIAL DE QUE A GRAVAÇÃO FOI FEITA COM A ANUÊNCIA DO PACIENTE. QUESTIONAMENTO DA CREDIBILIDADE DA PALAVRA DO POLICIAL PELO IMPETRANTE, DIANTE DE DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE SUAS DECLARAÇÕES E O AUTO DE APREENSÃO QUANTO À QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA NA POSSE DO PACIENTE. FATO QUE AINDA PODE SER ESCLARECIDO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, SENDO CERTO QUE OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS GOZAM DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE, **CABENDO A DEFESA DESCONSTITUÍ-LA.** INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA TAL FIM, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA ESTREITA DO WRIT. ASSIM, NÃO TENDO O IMPETRANTE TRAZIDO À COLAÇÃO PROVA CONTUNDENTE NO SENTIDO DA ILICITUDE DA GRAVAÇÃO, IMPOSSÍVEL O ACOLHIMENTO DO PLEITO DE NULIDADE, ATÉ MESMO PORQUE O REFERIDO PEDIDO NÃO FOI FORMULADO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA, O QUE IMPORTARIA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.<sup>141</sup> (grifo nosso.)

Conforme o grifo acima “(...) sendo certo que os depoimentos dos policiais gozam de presunção de veracidade, cabendo a defesa desconstituí-la”. Ora, nesta situação, torna-se evidente a flagrante violação à regra exposta no artigo 156 CPP, uma vez que transfere para o réu o dever de provar algo alegado, caso contrário, será condenado pelo mesmo, conforme exposto acima.

Diante do exposto, é fato notório a inversão deste ônus da prova e- assim- invertendo a lógica do contexto que o constituinte de 1998 inseriu, pois: a parte mais vulnerável acaba por ter o dever de provar que a alegação da acusação não procede e não a acusação tendo que provar isto, ferindo assim claramente o teor da presunção de inocência, do in dubio pro reo e do mandamento processual penal expresso acerca da imposição de prova sendo cabível a quem alega os fatos.

---

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1ª Câmara Criminal). **HABEAS CORPUS nº. 0020148-13.2012.8.19.0000.** Impetrantes: dr. Marcelo Machado Fonseca e dra. Mariah Soares da Paixão. Paciente: Andre Gomes da Silva. Rel. Des. Luiz Zveiter. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041913D290E3A24BF2C6D1306AC48262A96CC441492D3E&USER=>>> Acesso em: 14 nov. 2019.

#### 4.4. Do conflito entre os princípios: técnica da resolução direcionada para com prevalência da essência constitucional

De acordo com todo o exposto até então, resta-se evidente este conflito a seguir: presunção de veracidade no depoimento policial -com fundamento fincado no princípio da supremacia do interesse público vs. as garantias do réu inculpidas nos seus princípios e direitos constitucionais processuais. O primeiro é comprovado, na medida que através das análises da jurisprudência estadual feita acima, percebeu-se na fundamentação esta presunção de veracidade e também a súmula 70 TJ RJ. Estes últimos, conforme acima exposto, sendo violados quando se afere valoração absoluta ao meio de prova da testemunha policial.

Desta forma, é preciso que se tenha uma resolução no que cerne a este conflito. Nesse sentido, é de suma importância lembrar uma distinção feita na nota de rodapé de número 12, onde se analisou a diferença entre regras e princípios. No mesmo, de acordo com o autor mencionado, frisou-se que essa distinção -em linhas gerais- perpassava pela aplicabilidade integral ou não dos mandamentos. Com relação aos princípios, estes são entendidos como mandamentos ordenativos que devem ser satisfeitos de acordo com as possibilidades possíveis, isto é, na medida do possível, devem ser satisfeitos. Noutro giro, as regras apresentam o seguinte comando: é sim, sim; ou não, não. Isto é, ou é satisfeita ou não é, não tem um meio termo, não tem um “na medida do possível” como os princípios. Se existe uma regra, está deverá ser cumprida exatamente como diz seu comando.<sup>142</sup>

Nessa perspectiva, é preciso tomar esta diferenciação para solucionar este conflito existente até então. E é neste momento que se adentra na seara da resolução do conflito de princípios. Para isto, segundo Robert Alexy<sup>143</sup>, é necessário que se observe a técnica da ponderação, ou seja, deve-se ter em mente que os dois princípios conflitantes permanecerão vigentes, mas se usará, apenas um para sua aplicabilidade no caso concreto. Nesse sentido, é preciso observar o impacto existente no que cerne a afastabilidade de um deles, ou seja,

---

<sup>142</sup> AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas.** Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/165/ri/v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/42/165/ri/v42_n165_p123.pdf)> Acesso em: 15 nov. 2019.

<sup>143</sup> Ibidem.

tomando-se os dois princípios em questão, qual deles causaria maior prejuízo se não fosse aplicado?

Nesse contexto, adentra-se no objeto de análise da presente monografia, pois, como já fora dito, existe um conflito a ser solucionado, qual seja: de um lado os princípios constitucionais e regras processuais penais que foram estudadas ao longo do primeiro capítulo, do outro; o princípio da supremacia do interesse público que ocasiona diretamente no atributo inerente a todo ato administrativo, qual seja, a presunção de veracidade destes. Assim, temos: os direitos e garantias do réu de um lado, do outro, a presunção de veracidade do ato administrativo, o que tem como consequência a possível presunção de veracidade da prova testemunhal policial.

Desta forma, tomando-se os pressupostos acima, é fato notório que quando se dá prevalência a aplicabilidade da fé pública no processo penal, materializando-se – assim – na presunção de veracidade da prova testemunhal policial e a sua conseqüente valoração absoluta, coloca-se em xeque toda essência constitucional no que tange a atenuação da disparidade existente entre o estado- inculpado na persecução penal- e o réu, claramente a parte mais frágil da dinâmica processual penal. Ora, dando-se esta prevalência, como já fora demonstrado nos tópicos anteriores, estar-se-ia violando todos estes princípios e regras que foram postas visando a atenuação desta disparidade, tendo-se como consequência direta não o mandamento constitucional da atenuação, mas sim o contrário, ou seja, a exacerbação desta disparidade, indo no caminho antagônico a toda idealização proposta pelo constituinte de 1988.

Além disso, é importante mencionar que esse atributo da presunção de veracidade do ato administrativo foi posto para que o Estado pudesse atuar da melhor forma possível, a fim de garantir a finalidade precípua da administração pública, qual seja, o interesse público. Este é tão importante que deu ensejo ao princípio basilar de todo direito administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. E é com base neste que todas as prerrogativas foram dadas para administração pública, para que assim se conseguia atingir o interesse público. Vale destacar as palavras de José Carvalho dos Santos<sup>144</sup> “A exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que,

---

<sup>144</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 101



sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, **com o fim de atender ao interesse público**". (grifo nosso).

Assim, torna-se evidente que esse atributo da presunção de veracidade do ato administrativo visa a concretização do interesse público. Porém, conforme fora analisado, conferida essa presunção no que tange a prova testemunhal policial, estaria violando os inúmeros princípios e regras constitucionais e processuais penais atinentes ao acusado, exacerbando ainda mais a fragilidade deste perante o aparato estatal. Ora, o interesse público seria este? Seria ignorar todo mandamento constitucional? Seria ignorar o devido processo legal posto na CF e no CPP? Torna-se evidente que não. O interesse público é sim de ver o infrator sendo punido pelo que fez, mas desde que o seja respeitando o devido processo legal.

Assim, de acordo com o que fora exposto, este trabalho defende a não aplicabilidade dos preceitos administrativos da presunção de veracidade do ato administrativo na seara processual penal, tendo em vista as inúmeras violações advindas destes. Defende que no conflito entre estes princípios, se de prevalência aquele que tem o mandamento nuclear de todo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, os mandamentos constitucionais, afinal, os mencionados princípios tem força de garantia constitucional pétrea, uma vez que estão postos no art. 5º do ordenamento supra, sendo inaceitável – assim- que sejam relativizados e percam sua força, por uma ineficácia do estado no que cerne a atividade probatória.

## CONCLUSÃO

Posto fim a abordagem do tema em análise, faz-se mister uma retomada do mesmo para que se possa concluir com exatidão.

Em um primeiro momento, fora destacado os princípios constitucionais e processuais penais aplicáveis a dinâmica processual e, após isso, se perpassou pelos aspectos gerais da teoria geral da prova. Nestes dois temas, tornou-se evidente a preocupação em igualar uma relação processual penal vigente, uma vez que o Estado detém de uma posição de superioridade frente ao acusado, notoriamente parte mais frágil do processo. Assim, percebeu-se que o primeiro capítulo demonstrou essa finalidade dos princípios e regras da teoria geral da prova – que foram estudadas- para igualar essa relação.

Posto isso, no segundo capítulo, abriu-se espaço para discussão acerca da prova testemunhal policial. Primeiramente, fora mencionado as características gerais da prova testemunhal, a fim de se demonstrar suas peculiaridades e importâncias para com o processo penal. Posteriormente, a análise se direcionou para a prova testemunhal policial. Como fora demonstrado, este é um agente público, a serviço do estado e, devido a isto, um ato seu é aparado pelas prerrogativas dos atos administrativos, dentre elas a da presunção de veracidade. E é neste sentido que existe o posicionamento que defende que a prova testemunhal policial gozaria de uma possível presunção de veracidade, devendo- se ser atribuído um valor absoluto para esta, pois é presumidamente verdadeiro até que se prove ao contrário. Nesse sentido, se passou a sua análise com relação à sua admissibilidade, tendo em vista a confrontação de sua parcialidade para com o conceito exigido de imparcialidade da testemunha, conforme restou comprovado com os conceitos apresentados. Posição ora imposta neste trabalho, colocou que não há problemas com isso, mas é preciso que se avalie esta parcialidade no momento da valoração da prova, aferindo sua credibilidade nos moldes do art. 203 CPP.

Porém, quando se passou para análise acerca da jurisprudência estadual no âmbito do RJ, constatou-se que as câmaras criminais do TJ RJ vem seguindo ignorando a parcialidade e vem adotando o entendimento supra, isto é, aferindo presunção de veracidade para com a prova testemunhal, ficando sua fundamentação na súmula 70 do mencionado Tribunal, afirmando

que mesma prever isto quando afirma que uma sentença fundamentada somente na prova testemunhal policial não desautoriza a condenação.

No entanto, como fora ressaltado, em momento algum aparece essa previsão de presunção de veracidade na súmula 70 TJ RJ. Mas, apesar disso, acaba por permitir essa interpretação, tendo em vista seu teor textual.

Desta forma, é fato notório a existência de um binômio central em torno deste, qual seja, a essência constitucional e processual penal no que cerne a finalidade de atenuar a posição de superioridade do poder punitivo do estado, materializada por meio dos princípios e regras processuais discutidas na primeira parte deste trabalho, e , por outro lado, a valoração absoluta que vem sendo atribuída a prova testemunhal policial, fundamentada na possível presunção de veracidade do ato administrativo e da interpretação que vem sendo dada pelas câmaras criminais do TJ RJ na seara da súmula 70 do mesmo tribunal.

Bem, ante o exposto, este trabalho concluiu pela não aplicabilidade do preceito administrativo da presunção de veracidade do ato administrativo no que tange a prova testemunhal policial, tendo em vista as intensas violações aos direitos e garantias fundamentais que foram analisados no capítulo 4 (quatro). Ora, ao analisar este trabalho como um todo, infere-se que existe toda preocupação em equilibrar a dinâmica processual entre as partes. Isto torna-se claro na medida em que analisa os princípios, as regras e todo ordenamento jurídico. Mas, na medida que se dá prevalência para com a transportação destes preceitos administrativistas para seara do processo penal, fere toda sistemática ora apresentada no capítulo I.

Desta forma, este trabalho reafirma seu posicionamento pela revogação da súmula em análise, uma vez que esta- apesar de não prever expressamente, está dando abertura para interpretações que ensejam essa aplicabilidade da presunção de legalidade. Defende-se que seja feita uma valoração relativa deste meio de prova, ou seja, que seja colocado, confrontado de acordo com todo o contexto probatório, confrontando-a com os demais meios de prova. É preciso que se analise este meio de prova nos moldes do art. 203 do CPP, que afirma que é preciso se aferir a sua credibilidade, a partir de uma análise caso a caso, meio de prova por meio de prova, e não tomar a palavra de uma pessoa como se fosse uma espécie de verdade absoluta.

É preciso que se valore a prova testemunhal policial como se fosse qualquer outra pessoa, e não o colocar acima dos demais.

Afinal, é a palavra de uma pessoa contra a outra, sendo que esta outra pessoa- o réu- é presumidamente inocente, conforme mandamento constitucional, e não ao contrário. Ora, se tem parcialidade na palavra do réu, se o réu tem o interesse de defender sua inocência, por outro lado, o agente estatal também o tem, uma vez precisa que sua conduta tenha sido realizada de acordo com os moldes da legislação, sob pena de sofrer as consequências de uma conduta não praticada de acordo com a legislação. Esta parcialidade que restou demonstrada ao longo deste trabalho ( na análise de casos) e – deste modo- na dúvida, deveria -se aplicar a regra do in dubio pro reo, tendo em vista a ausência de certeza quando se confronta a palavra de uma pessoa contra a outra, sem outros meios de provas para corroborar ou negar.

Assim, é preciso que se relativize esta característica da presunção de veracidade do ato administrativo. É preciso que não se aplique-o no processo penal, tendo em vista todo contexto em prol da intenção do constituinte de 1988 de equilíbrio entre as partes, preocupado com um processo penal acusatório em que se respeita os direitos de ambas as partes, tentando colocá-las em posição de igualdade, de paridade de armas. Porém, se tomar a prova testemunhal policial como valor absoluto, estar-se-ia jogando toda essência desta constituinte para baixo do tapete. É preciso que se puna sim o infrator, afinal, ele infringiu uma norma e é direito da sociedade vê-lo cumprir pena, é do interesse público que aplique a punição para com aquele que infringiu a norma, mas também é preciso se observar o devido processo legal. Afinal, o real interesse público, o real interesse da sociedade é que se veja sim alguém punido por ter infringido a norma, mas que o seja de acordo com todos os seus direitos, de acordo com o devido processo legal, e não atropelando-o em prol de uma ineficiência estatal para com a produção probatória.

Como já foi falado neste trabalho, em um possível confronto entre o direito de punir e o status libertatis, e onde se constate uma dúvida com relação ao fato apresentado, é preciso de optar por este, tendo em vista a célebre frase de que “é melhor absolver um culpado do que condenar um inocente”

Por fim, é preciso que não se de um prêmio ao estado pela não êxito no que cerne a produção probatória, o réu não pode perder seus direitos e garantias fundamentais por conta dessa ineficiência. É preciso que se respeite todos os direitos fundamentais do acusado, é preciso que se prove cabalmente que o réu cometeu o delito, para que assim os preceitos constitucionais sejam cumpridos. E que se tenha um sujeito cumprindo para com a pena, mas que esteja cumprindo de acordo com seus direitos oras expostos também, de acordo com o devido processo legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas.** Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf)> Acesso em 15 nov. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença.** Curitiba: Juruá, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 nov. 2019.

———. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 11 nov. 2019.

———. STF. **HC. 87662.** PE, RELATOR: Min. CARLOS BRITTO. Data do julgamento: 05/09/2006. Primeira turma. Data de publicação: DJ 16/02/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14731486/habeas-corpus-hc-87662-pe>> Acesso em: 28/11/2019.

———. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 13063 - MG (2018/013667-0).** Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Davison Barreto da Silva. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 3 de ago. 2018, Diário Oficial da Justiça DF, 9 de ago. 2018. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610732642/agravo-em-recurso-especial-aresp-1306127-mg-2018-0136677-0?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610732642/agravo-em-recurso-especial-aresp-1306127-mg-2018-0136677-0?ref=topic_feed)> Acesso em: 19 de set. 2019.

———. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1ª Câmara Criminal). **HABEAS CORPUS nº. 0020148-13.2012.8.19.0000.** Impetrantes: dr. Marcelo Machado Fonseca e dra. Mariah Soares da Paixão. Paciente: Andre Gomes da Silva. Rel. Des. Luiz Zveiter. Disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041913D290E3A24BF2C6D1306AC48262A96CC441492D3E&USER=>> Acesso em: 14 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0002156-04.2013.8.19.0065**. Apelante: Alexandre Luiz da Silva. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. José Muiños Piñeiro Filho. Publicação: 22 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000447A11E54B2933C5A29A1C6D6BF3ED146C50457430813&USER=>>>. Acesso em: 29 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0024960-27.2014.8.19.0001**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Charles de Oliveira Barbosa. Rel. des. Katia Maria Amaral. Data de publicação: 10 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BF2A8ECC0CEF5D5F2D401E224E1645BBC50437032D06&USER=>>> Acesso em: 17 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0004222-56.2012.8.19.0011**. Apelante: Augusto de Souza Castro. Apelado: Ministério Público. Rel. des. José Muiños Piñeiro Filho. Publicação: 14 de julho 2014 Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049488C14B6B24FA9CF856170C428E22B5C5031C10222E&USER=>>> Acesso em: 17 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0035159-81.2009.8.19.0002** Apelante: Rogério Limas dos Santos. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. Renata Machado Cotta. Publicação: 22 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201005003494>> Acesso em: 29 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Criminal). **Apelação nº 0019933-63.2010.8.19.0014**. Apelante: Bruno Rodrigues Guedes Coelho. Apelado: Ministério Público. Rel. des. Fernando Antonio de Almeida. Publicação: 06/03/2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.014.019511-0>> Acesso em: 17 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula nº 70**. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação. Disponível em: < <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf>> Acesso em: 11 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21ª.ed- São Paulo: Saraiva, 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** 32. Ed. São Paulo. Atlas: 2019.

Freitas 2012, p.287 apud SMITH, Virgínia Luna; SILVESTRE, Neftys Nery. Fé pública x Presunção de não culpabilidade nos crimes afetos à lei 11.343/06. In: **Revista Duc In Altum n. 21(jan/jun 2019)**. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/4680139/f%C3%A9-p%C3%BAblica-x-presun%C3%A7%C3%A3o-de-n%C3%A3o-culpabilidade-nos-crimes-afetos-%C3%A0-lei-4.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2019.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/10/14/video-desmente-pm-que-baleou-dois-em-carro-na-ilha-do-governador.ghtml>> Acesso em: 15/11/2019.

———. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/caso-do-pedreiro-amarildo-completa-5-anos-e-familia-ainda-nao-foi-indenizada.ghtml>> Acesso em: 1 out. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev.,atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/providencia-pms-sao-flagrados-alterando-cena-de-crime-1-17641673>>- Acesso em: 1 out. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. Ed. rev. Atual e ampliada- São Paulo: Atlas 2018.

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho**: os riscos na inquirição de crianças. meriva.pucrs.br. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4834/1/000384132-Texto%2BCompleto-0.pdf>>.Acesso em: 26 setembro. 2019, p. 12.



RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SUANNES, Aduino. **Provas esteticamente inadmissíveis no processo penal**. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/ArtigoAduino.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/ArtigoAduino.htm)> Acesso em: 17 nov. 2019.

TÁROVA, Nestor. **Curso de processo penal**. 13ª edição. revista, atualizada e ampliada. Salvador Ed. JusPodivm, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Osmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13 ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.