

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

**SÚMULA 70 DO TJRJ E A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

ANDRÉ LUIZ VÁRZEA RIBEIRO PEREIRA

Rio de Janeiro
2017 / 2º SEMESTRE

ANDRÉ LUIZ VÁRZEA RIBEIRO PEREIRA

**SÚMULA 70 DO TJRJ E A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fernanda Prates.**

**Rio de Janeiro
2017/2º PERÍODO**

P436s Pereira, André Luiz Várzea Ribeiro
 SÚMULA 70 DO TJRJ E A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO
 SISTEMA ACUSATÓRIO / André Luiz Várzea Ribeiro
 Pereira. -- Rio de Janeiro, 2017.
 76 f.

 Orientador: Fernanda Prates Fraga.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. súmula 70. 2. sistema acusatório. 3. processo
 penal. I. Fraga, Fernanda Prates, orient. II. Título.

ANDRÉ LUIZ VÁRZEA RIBEIRO PEREIRA

**SÚMULA 70 DO TJRJ E A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Fernanda Prates.**

Data da aprovação: ____/____/2017.

Banca examinadora:

Orientador

Membro da banca

Membro da banca

Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE

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

COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO DE MONOGRAFIA

DATA DA APRESENTAÇÃO: ___/___/2017.

NO DIA SUPRAMENCIONADO, A BANCA INTEGRADA PELOS PROFESSORES: _____,

_____ E _____,

REUNIU-SE PARA EXAMINAR A MONOGRAFIA DE ANDRÉ LUIZ VÁRZEA RIBEIRO PEREIRA, DRE: 113041529, INTITULADA SÚMULA 70 DO TJRJ E A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO ALUNO, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR:

| | <i>Nota: Respeito à Forma (Até 2,0)</i> | <i>Nota: Apresentação Oral (Até 2,0)</i> | <i>Nota: Conteúdo (Até 5,0)</i> | <i>Nota: Atualidade e Relevância (Até 1,0)</i> | <i>Nota Total e Final</i> |
|------------------------------------|---|--|---|--|-------------------------------|
| <i>Professora Orientadora</i> | | | | | |
| <i>Professor (a) Membro 01</i> | | | | | |
| <i>Professor (a) Membro 02</i> | | | | | |
| <i>Média Final</i> | | | | | |

PROFESSORA ORIENTADORA: _____ NOTA: _____.

PROFESSOR (A) MEMBRO 01: _____ NOTA: _____.

PROFESSOR (A) MEMBRO 02: _____ NOTA: _____.

MÉDIA FINAL: _____.

SE A MÉDIA FINAL FOR 10,0 (DEZ), O TRABALHO RECEBE INDICAÇÃO PARA O PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? () SIM () NÃO.

Resumo

Este trabalho tem como objeto a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que aduz “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Verificamos de que forma a prática, a partir da aplicação deste enunciado, viola o sistema acusatório e, por conseguinte, a Constituição. Analisamos se a presunção de legalidade e legitimidade do agente policial é válida no processo penal e suficiente para afastar a presunção de inocência. Por fim, concluímos que esse entendimento não se coaduna com o Estado constitucional-democrático, representando verdadeiro limite na concretização do modelo acusatório.

Palavras-chave: súmula 70; presunção de inocência; sistema acusatório; processo penal; direito penal; criminologia.

Abstract

The purpose of this paper is Súmula 70 of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, which states "The fact that oral evidence is confined to depositions of police authorities and their agents does not disallow condemnation." We verify how the practice, from the application of this statement, violates the accusatory system and, consequently, the Constitution. We analyze whether the presumption of legality and legitimacy of the police officer is valid in criminal proceedings and sufficient to remove the presumption of innocence. Finally, we conclude that this understanding is not compatible with the constitutional-democratic state, representing a true limit in the concretization of the accusatory model.

Keywords: súmula 70; presumption of innocence; accusatory system; criminal proceedings; criminal law; criminology.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução----- | 7 |
| 1. Fundamentos do Sistema Acusatório----- | 13 |
| 1.1. Presunção de Inocência e o Princípio <i>In Dubio Pro Reo</i> ----- | 17 |
| 1.2. Contraditório e Ampla Defesa----- | 26 |
| 1.3. Imparcialidade----- | 26 |
| 2. A Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a ilusão do Sistema Acusatório----- | 31 |
| 2.1. Policiais Militares e a presunção de legalidade e veracidade de seus atos e depoimentos----- | 36 |
| 2.2. Traficante ou usuário: de quem é a decisão?----- | 43 |
| 2.3. A permanência do Sistema Inquisitório a despeito do Sistema Acusatório Formal: o juiz como agente de segurança pública----- | 49 |
| 2.4. A decisão, a prova e a defesa como única possibilidade de concretização do sistema acusatório----- | 55 |
| Considerações Finais----- | 65 |
| Conclusão----- | 67 |
| Referências----- | 71 |

INTRODUÇÃO

A indignação ao realizar uma pesquisa sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em matéria penal e com recorte na Súmula 70, surge ao nos depararmos com casos, e mais casos, em que a vida, submetida ao poder de punir do Estado, é tratada sem o menor cuidado, como se ao Estado fosse permitido afastar a dignidade de uma pessoa somente por ela se encontrar na qualidade de acusada.

Ao imputado resta, quando muito, o apoio de uma Defesa incansável e de uma família sofrida, por todas as dificuldades impostas por uma burocracia cruelmente penalizadora, antes mesmo do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Parece que o enclausuramento não é percebido em toda a sua gravidade.

Buscar esses julgados é se deparar com um processo penal não de garantias, mas de violações; é concluir pela incapacidade de seus atores em entender e executar os papéis a eles reservados pela Constituição da República; é um permanente questionar-se sobre como é possível haver decisões tão flagrantemente inconstitucionais, prolatadas por juízes plenamente convencidos de que realizam corretamente seus trabalhos; é perceber o abismo entre existências, diferenças que exigiriam um esforço para serem superadas, para que se perceba o outro enquanto ser humano digno e não condicionado a algo que sequer foi provado (e nem assim) etc. As questões são muitas e o processo penal, como observado nos vereditos, aparenta servir ao sofrimento mais perverso e parece desprovido de qualquer racionalidade (ao menos, uma que sirva às garantias).

Neste cenário alarmante, permeado por inconstitucionalidades e ilegalidades, nos salta aos olhos o Enunciado de Súmula nº 70, editado em 2003 pelo TJRJ, que preceitua: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

Apesar de, aparentemente, o texto sumular fazer alusão apenas à prova oral, na prática, significa um conjunto probatório reduzido ao depoimento dos policiais. Ou seja, apoiados na Súmula, juízes prolatam sentenças condenatórias baseadas exclusivamente nos relatos das

autoridades policiais e seus agentes. Em um contexto onde as prisões são, em sua grande maioria, realizadas em flagrante, e em uma cidade partida como é o Rio de Janeiro, onde a atuação da Polícia Militar dosa a repressão e o arbítrio conforme o espaço em que se encontra e a quem se destina, esse entendimento do TJRJ é profundamente preocupante.

Isto porque não se trata apenas de decisões isoladas, oriundas de algumas poucas mentes que não compreendem o processo penal democrático e o sistema acusatório. Diz respeito, na verdade, a uma prática inconstitucional e simplista, sustentada por um Tribunal de Justiça que termina por autorizar, no dia a dia, uma série de condenações indevidas, chancelando um exercício de poder assustador por parte dos policiais militares – não são poucas as críticas que recaem sobre o modo de atuação da PMERJ, com várias denúncias e investigações para apurar condutas irregulares¹.

Complicado, portanto, tentar entender de que maneira este Enunciado surgiu e porque, apesar de não possuir força vinculante, é empregado tão corriqueiramente por parte considerável dos magistrados que compõem o Poder Judiciário desse Estado. Talvez, e aqui um rápido desvio, precisássemos remontar ao processo de redemocratização a partir de 1988; passando pelo papel da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro; pela ausência de um projeto de segurança pública baseado não apenas na repressão; pela guerra às drogas; pelo modelo de globalização excludente, ao qual o Brasil se encontra subordinado (basta observar a recente reforma trabalhista, por exemplo); pela falta de instrumentos de controle manejáveis pela própria população; pelo caráter elitista do judiciário, contando em seu corpo de juízes com pessoas em sua grande maioria oriundas das classes privilegiadas da população e que, pelo teor das decisões, parecem não ter qualquer empatia para com os que compõem a parcela mais carente de nosso país etc.

Desse modo, e retornando, não há pretensão de se aprofundar em temas de tamanha complexidade, senão apenas um desejo de manifestação, ainda que breve, sobre aquilo considerado relevante para iniciar uma tentativa de entendimento acerca dos elementos que sustentam tamanha arbitrariedade, levando a uma violação permanente dos direitos

¹ MARTÍM, Maria. “Investigação na PM do Rio expõe ligação de parte da tropa com crime organizado: Última denúncia lança suspeita de que PMs estariam favorecendo facção criminosa e dando carona a traficantes no próprio blindado da corporação”. *El País*. Rio de Janeiro, 24 de maio de 2017. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/22/politica/1495465689_479916.html>. Acesso em 23 de out. de 2017.

individuais do acusado e do próprio processo penal, como concebido pela Constituição de 1988; servindo a manutenção de um sistema inquisitório na prática, apesar de constitucionalmente termos acolhido o sistema acusatório; levando ao aumento da condição desumana dos cárceres desse país etc. E o desejo de manifestação surge pela importância em deixar claro que o direito, enquanto instrumental teórico, não é suficiente para dar conta de todos os fatores que motivam tamanhos absurdos, mas é o instrumento de que ora dispomos. Portanto, trata-se apenas de um dos recortes possíveis acerca do tema.

Seguindo com o direito, afirma-se que o processo penal democrático, com suas bases assentadas na Constituição da República, deve servir unicamente às garantias do acusado, freando ao máximo o poder de punir do Estado, naquele instante em que o que resta ao indivíduo, na realidade, é quase nada. É o “um contra todos” de que fala AMILTON BUENO DE CARVALHO². Deixamos claro que afastamos o entendimento de que o processo tutelaria o poder de punir do Estado. A única tutela que se pretende afirmar é aquela a ser prestada ao imputado, quando todo o aparato estatal se volta contra ele, em uma perspectiva realista do processo penal e (re)afirmadora do sistema acusatório.

Historicamente, o Estado passou a deter a exclusividade sobre o direito de aplicar sanções aos que incorram em condutas reprováveis. Para além do debate sobre a ontologia do crime, desconstruída pela Criminologia Crítica, fato é que não cabe ao Estado realizar a vingança, senão, e apenas, observar os limites constitucionais e legais para impor a pena devida, após firmado o entendimento sobre a conduta como típica, antijurídica e culpável, no contexto de um devido processo legal, em harmonia com os marcos civilizatórios presentes na Constituição e nos Tratados Internacionais.

Nesse sentido, fundamental que o processo penal seja sempre regido pelo contraditório. Este traduzido na possibilidade real de influência na formação da convicção do magistrado, dada à Defesa e à Acusação, não podendo se resumir à participação protocolar de ambas nos atos processuais. O caminho até o trânsito em julgado deve ser de disputa na tentativa de reconstituição de um fato passado. Sobre a Acusação recai o ônus de provar o que alega e à Defesa cabe resistir, se assim desejar, ao processo de enfraquecimento da presunção de

² BUENO DE CARVALHO, Amilton. Palestra de abertura do II Congresso dos Defensores Públicos do Estado de Rondônia, ministrada por Amilton Bueno de Carvalho - A missão do Defensor Público na defesa do um contra todos. Rondônia, 10 de nov. de 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=FfmrQRvrgP8>>. Acesso em abril de 2017.

inocência que poderá ocorrer a partir dos elementos trazidos por aquela. Essa resistência deve ser ampla e irrestrita, podendo a Defesa contra argumentar sempre que entender necessário, e produzir a prova que julgar importante para a manutenção do estado de inocência.

Ao Juiz, no Sistema informado pela Constituição, cabe observar o que for trazido ao processo pelas partes, num ato de cognição que o levará o mais próximo possível do fato ocorrido. A inércia é fundamental, principalmente, para garantir a imparcialidade que não é possível ser assegurada se fundada apenas no indivíduo. Portanto, são os limites impostos à atuação do magistrado, pelo sistema acusatório, que podem garantir a imparcialidade a ser observada. Um juiz imparcial é aquele que não participa ativamente no curso do processo, não lhe cabe determinar atos relativos a persecução penal. A ele, cumpre realizar o controle dos atos processuais, de maneira equidistante com relação as partes, e ao final, com conhecimento do que foi produzido, prolatar a sentença penal absolutória ou condenatória.

A aplicação da Súmula n. 70, conjugada à prática no foro criminal do TJRJ, no entanto, mostra que a realidade está bem longe do ideal estabelecido pela Carta de 1988. Com base em decisões que afastam a possibilidade de participação efetiva da Defesa, transformando sua atuação em mera formalidade, talvez pudéssemos falar, com mais frequência, do que se deveria admitir em respeito ao autoritarismo característico do Código de Processo Penal de 1941.

Para tentar entender o contexto envolvendo o enunciado do TJRJ, de início trataremos do que consideramos como fundamentos do processo penal. Ou seja, princípios inafastáveis de um processo em harmonia com o projeto constitucional. Neste sentido, destaca-se o princípio acusatório, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade, com a intenção de firmar uma base a partir da qual se construirá a análise da Súmula editada pelo TJRJ e que influencia profundamente na manutenção de uma prática autoritária e violadora.

Reafirmando esses marcos, ficará mais claro como o modo de aplicação desta Súmula esvazia o processo de qualquer intenção democrática. Não é possível, por exemplo e por algumas razões, sustentar, ao mesmo tempo, a permanência da Súmula e a garantia do contraditório. De qualquer forma, é importante precisar o que entendemos pelos princípios citados, para que reste nítido de onde partimos.

Ressalta-se, para afirmar o que pretendemos, nos guiamos por alguns julgados em 2ª instância que acolheram a aplicação da Sumula 70, selecionados a partir da pesquisa realizada no site do TJRJ, com balizas entre os anos de 2010 e 2017. Por reproduzirem, em sua maioria, os mesmos argumentos, optamos por não os citar expressamente no curso do texto, senão aqueles que excepcionalmente aprofundam o raciocínio e nos permitem exemplificar com mais clareza do que tratamos.

Após a fundamentação principiológica, buscaremos tratar da Sumula 70 e da sua aplicação pelos julgadores que compõem o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, demonstrando a inexistência de um modelo acusatório. Para tanto, será preciso realizar alguns desvios e tratar de temas que se relacionam diretamente com o referido enunciado e a prática no Tribunal.

Nesse quadro, se faz necessário adentrar no que se refere a um dos argumentos mais utilizados pelos juízes para validar suas decisões, qual seja, o de que os atos e as declarações do policial, enquanto agente público, gozam de presunção de legalidade e legitimidade (ou veracidade, como preferem alguns). Trata-se de uma abordagem inadequada, pois não há espaço para presunções no processo penal e considerar o depoimento do policial dessa forma, implica em um descolamento da realidade, não sendo incomuns os casos de denúncia de agentes policiais por condutas ilícitas.

Quem realizou a prisão em flagrante ser considerado como testemunha, sendo seu depoimento mera reprodução do que foi dito na delegacia e ainda único elemento justificador de uma condenação, não pode ser aceito. Sendo as citadas prerrogativas já consideradas para o inquérito policial e o oferecimento da denúncia. No domínio do processo, principalmente no caso do Rio de Janeiro, considerar essas prerrogativas como inquestionáveis significa, inevitavelmente, anular qualquer possibilidade de contraditório e reduzir à míngua a presunção de inocência.

Não poderíamos, também, nos furtar em abordar a sempre presente questão envolvendo a diferenciação entre tráfico e uso. A Lei n. 11.343/2006, que pretendia instituir o Sisnad, ao invés de esclarecer a diferença entre um e outro, apenas agravou a seletividade do sistema criminal brasileiro. Os preceitos primários dos arts. 28 e 33 da referida Lei se confundem,

enquanto que os preceitos secundários são absurdamente discrepantes. Enquanto o art. 28 comina uma pena alternativa à prisão, em uma medida desencarceradora, a pena para a conduta subsumida ao art. 33 é a reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de dias-multa. A distinção cabe aos atores do sistema criminal, mais precisamente, aos policiais que efetuam os flagrantes. E o que se observa é que na dúvida, em se tratando da clientela penal, opta-se por imputar o art. 33, o que tem gerado um movimento de encarceramento em massa da população pobre e negra, empurrando o Brasil para as primeiras colocações no ranking mundial das maiores populações carcerárias.

É perceptível como o cenário da violência urbana, com recente incremento a partir da falência declarada do programa de Unidades de Polícia Pacificadora, tem influência sob os magistrados nos momentos de decisão. Compreensível a angústia frente ao que ocorre em nossas cidades, em particular no Rio de Janeiro. Daí se levar em consideração o sentimento de revolta, de indignação, de impotência, no momento da deliberação, qualquer que seja (prisão preventiva, recebimento da denúncia, sentença condenatória ou qualquer outra medida penalizadora), implica em arbítrio, puro decisionismo. Ao juiz não cabe suprir o vácuo deixado pelo poder executivo na falta de políticas de segurança pública efetivas. Nesses momentos, em que o juiz sai do seu lugar de espectador e atua em nome das “pessoas de bem”, é nítido a essência inquisitorial ainda tão presente no processo penal brasileiro.

Em seguida, buscaremos adentrar na atividade realizada pelo magistrado que aplica a Súmula 70, procurando demonstrar a fragilidade de um sistema acusatório meramente formal, em que é possível verificarmos diversas práticas autoritárias, inclusive no que se refere diretamente ao presente enunciado.

Passaremos pela íntima relação que parte dos juízes do TJRJ pensa ter com a garantia da segurança pública. Tentaremos deixar claro que as funções repartidas entre os poderes públicos não devem se misturar e como esse raciocínio não guarda qualquer relação com uma possível redução dos índices de violência no país.

Por fim, faremos uma convergência entre importantes elementos para a concretização do sistema acusatório, qual sejam a prova, a decisão e a defesa. Esta, representada nas instituições da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, é a única manifestação no sentido de um processo constitucional democrático. Assim, entendemos que

as duas instituições citadas deverão assumir um lugar de protagonismo no árduo dever de torna real algo ainda ilusório.

Esses são os pontos escolhidos para tratarmos com maior profundidade. A base de análise foi a literatura especializada e a pesquisa de jurisprudência, quando constatamos a enorme similaridade entre os diversos votos lidos. Limitamos a pesquisa, realizada no site do TJRJ, ao intervalo compreendido entre os anos 2010 e 2017, inclusive, e com recorte nas palavras-chave “súmula 70” e “tráfico de drogas”. Na literatura, nos fornecendo a base teórica e fundamental para o trabalho, buscamos autores que possuíssem uma análise crítica sobre o direito penal e o direito processual penal.

1. FUNDAMENTOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O entendimento acerca do processo penal brasileiro deve passar, obrigatoriamente, pela compreensão teórica do que venha a ser um processo penal democrático, fundado no princípio acusatório e em harmonia com a Constituição da República, e sobre a maneira que o processo penal, verdadeiramente, se apresenta em nosso país, observado a partir da realidade do sistema de justiça penal pátrio.

Nosso Código de Processo Penal data de 1941, tendo sido elaborado e instituído no contexto autoritário do Estado Novo. Portanto, para que possamos vislumbrar um processo penal realmente democrático e que observe o princípio acusatório, é preciso que haja, por parte dos operadores do direito, um trabalho no sentido de harmonizar os procedimentos em relação à Carta Maior, preservando os direitos e garantias fundamentais por ela determinados. Nessas circunstâncias, naturalmente, é imprescindível que se cumpra o compromisso constitucional de observância do que determina o Diploma de 1988 relativamente ao processo.

Princípios constitucionais pertinentes ao processo devem, assim, ser considerados como regras a serem seguidas para que se torne possível a consecução de um sistema penal de garantias, em que o indivíduo, ao ser imputado, não perca seu status de pessoa humana. Ao contrário, por estar em posição tão vulnerável é que, justamente, devem ser assegurados todos os mecanismos de contenção do poder punitivo. Entendido o processo penal como

instrumento de freio, de garantia do direito de liberdade, jamais o contrário. Naturalmente, se tratar de dispositivo inconstitucional, o juiz deverá afastar sua incidência.

AURY LOPES JR.³ afirma que os sistemas acusatório e inquisitório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época. Aduz o autor, ainda, que na história do direito se alternam as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. Importa, assim, compreender o poder punitivo como consequência de escolhas políticas diretamente relacionadas com a contingência histórica de nosso tempo.

Um dos princípios basilares do direito penal é o que impossibilita a existência de um crime sem lei anterior que o defina. É claro que o processo legislativo criador dos tipos penais, e das penas a estes cominadas, é circunstancial, mas, como afirma MAIER⁴, citado por AURY LOPES JR., é no direito processual penal que as manipulações do poder político são mais frequentes.

O direito penal entendido, nas palavras de NILO BATISTA⁵, como “o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas”, somente se realiza através do processo penal.

Em nosso atual momento histórico, marcado pela ilusão de que o sistema de justiça criminal é fundamental à manutenção da ordem pública, com juízes considerados, e se considerando, garantidores da mesma, a Súmula 70 do TJRJ nos faz refletir sobre de que maneira o poder judiciário no Brasil, país cuja democracia ainda se desenvolve (atualmente, extremamente fragilizada) e no qual 106 dispositivos constitucionais ainda permanecem carentes de regulamentação⁶, reflete práticas autoritárias que vão de encontro à garantia do direito de liberdade e ao sistema acusatório, definitivo no Estado constitucional-democrático.

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

⁴ *Ibid.*, p. 106.

⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 48.

⁶ Congresso terá comissão permanente para regulamentar dispositivos constitucionais. Câmara Notícias, Brasília, 6 de fevereiro de 2017. Direito e Justiça. Disponível em

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/522733-CONGRESSO-TERA-COMISSAO-PERMANENTE-PARA-REGULAMENTAR-DISPOSITIVOS-CONSTITUCIONAIS.html>>

Acesso em 3 de novembro de 2017.

No limite, então, é sobre a garantia de um Estado constitucional-democrático de que estamos tratando. O quadro isoladamente não é alentador, mas, observando o curso da história, temos motivo para não desanimar. Apesar de considerarmos que a privação da liberdade (tomara que em uma época não tão distante) será vista como o que hoje é para nós imaginar a pena corporal ou a execução em praça pública, é inegável que o caminho está sendo aberto e que, apesar de o Estado ainda ter o domínio sobre os corpos, estes já não pode mais eliminar. Assim, o empenho hoje deve ser pela liberdade, pela concretização dos limites constitucionais ao poder de penar e de enfrentamento aos atores que ainda resistam à inevitável transição.

A determinação pelo sistema acusatório como dirigente do processo penal brasileiro não se extrai de um único dispositivo constitucional, senão pela interpretação sistemática de nossa Constituição⁷. Assim, através da leitura imposta pela orientação democrática proposta em nossa Carta, com sua base assentada na dignidade da pessoa humana, e pela transição do autoritarismo para a democracia, é possível perceber que, ao processo penal, não resta outra alternativa que não o modelo acusatório. Entendendo que o referido sistema é inevitável à transição que se pretende realizar de forma plena.

A materialização do sistema acusatório é o que temos no horizonte mais próximo, tendo em conta a realidade do processo penal brasileiro. Em vista disso, é preciso que tenhamos claras as características dessa estrutura de garantia e na direção delas devemos seguir. Nos apoiando em AURY LOPES JR.⁸, o sistema acusatório tem como principais fundamentos:

- “a) clara distinção entre a função de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento do órgão jurisdicional;

⁷ Segundo Aury Lopes Jr., o modelo acusatório é extraído a partir da leitura, por exemplo, dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 129, I – titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público; art. 5º, LV – contraditório e ampla defesa; art. 5º, LIV – devido processo legal; art. 5º, LVII – presunção de inocência; art. 93, IX – exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 223.

⁸ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 108.

- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição”.

Com base nas características trazidas pelo autor, o modelo ora considerado, em razão do que determina a Constituição da República e as normas de direitos internacionais, é inquestionável, já que somente através de um processo penal estruturado dessa forma será garantido ao acusado um tratamento humano, com observância a todos os direitos que lhe são inerentes; ao juiz, a imparcialidade e tranquilidade necessárias para decidir, sabendo que seu trabalho é limitado pelo que for produzido em contraditório no âmbito do processo, devendo esquecer a ilusão da busca pela verdade absoluta e não cabendo-lhe realizar funções persecutórias; e o respeito aos marcos civilizatórios constitucionais e à segurança jurídica, para a sociedade em geral, de que ninguém terá seu direito à liberdade violado ilegitimamente.

Como consequência, temos um processo penal em que cabe somente às partes a investigação e produção das provas necessárias a melhor elucidação dos fatos, diante da inércia e equidistância do julgador. O Estado, portanto, como única forma de garantir a igualdade entre defesa e acusação, tem a responsabilidade de fortalecer cada vez mais a Defensoria Pública, frente a determinação constitucional e a incapacidade da grande maioria dos encarcerados arcar com sua própria defesa.

Apenas com a atividade probatória nas mãos das partes, teremos a possibilidade de garantir a imparcialidade na sentença. O juiz é, antes de mais nada, um ser humano e, portanto, impossível que a decisão não seja contaminada com sua subjetividade. A imparcialidade, como sinônimo de neutralidade, é tão ilusória quanto a verdade absoluta.

Justamente por isso, admitindo que a preservação da imparcialidade pelo próprio sujeito não é provável, devemos estabelecer no processo limites a atuação do magistrado para que o ato de decidir, ainda que contaminado, não esteja baseado em dados por ele produzidos. A ele não cabe perseguir elementos apoiadores da defesa, da acusação, ou mesmo de sua própria convicção. Nesse sentido, se às partes cabe produzir as provas necessárias, a estas, apenas a estas, o juiz terá de se ater. Por mais que a decisão termine contaminada de subjetivismos, a imparcialidade possível terá sido garantida pelos limites estabelecidos pela divisão de funções no processo.

Uma outra ilusão que precisa ser desfeita é a do sistema de justiça penal como instrumento de segurança pública. É preciso sempre reafirmar que o sistema criminal nunca conseguirá alcançar todos aqueles que cometem condutas legalmente compreendidas como criminosas, a seletividade é característica intrínseca e sua atuação será sempre excepcional. Como afirma MARIA LUCIA KARAM⁹, “a pena é mera manifestação de poder e encontra seu suporte e sua força ideológica na necessidade e no desejo de criação de ‘bodes expiatórios’”. Portanto, juízes e membros do Ministério Público jamais devem ser considerados, ou se considerarem, agentes de segurança pública¹⁰, como muitos insistem.

Considerando o que foi dito e tendo a Súmula 70 como recorte, dentro dos limites do presente trabalho, escolhemos alguns princípios para tratar com um pouco mais de profundidade. Isto por considerarmos que a prática judicial, com apoio neste enunciado de súmula, pelas razões que ficarão claras ao longo do texto, os viola de maneira frontal, se mostrando como forte entrave a realização do sistema acusatório.

Nessa orientação, nos ateremos ao papel do juiz, por ser a palavra final e por ainda vivermos em uma cultura em que aquele, inaceitavelmente, ainda exerce o protagonismo no processo. Apesar de fundamental a função do Ministério Público para o atingimento de tal ordem, não será possível alcançá-la no presente estudo. Assim, a referência será sempre a atividade dos juízes.

1.1. Presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*

A inocência é o estado natural da pessoa humana e, até ocorrer o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, é imperativo que nada se altere. Historicamente, essa modificação de entendimento com relação à situação do acusado foi primeiramente consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹¹, cuja influência

⁹ KARAM, Maria Lucia. *In dubio pro reo* em **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Coordenadores: CORRÊA DE LIMA, Joel e R. R. CASARA, Rubens. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 656.

¹⁰ MELCHIOR, Antônio Pedro. **O Juiz “Agente de Segurança Pública” é o inquisidor contemporâneo**. Justificando, São Paulo, 2017. Seção Artigos. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹¹ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, Artigo 9º - Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei;

no ordenamento jurídico brasileiro pode ser percebida pelo que determina nossa Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O estado de inocência goza de presunção por ser uma construção jurídica prévia, inerente ao Estado democrático de direito, devendo ser a única presunção reconhecida no âmbito do processo penal. Qualquer outra pressuposição deve restar inócua diante da situação de inocência, posta enquanto garantia a todo acusado como consequência clara do reconhecimento da dignidade humana pelas normas internacionais de direitos e pela Constituição da República¹².

Não se pode abordar este princípio constitucional como mera formalidade, como se bastasse considera-lo aparentemente, quando, na verdade, a condenação apenas confirmaria um pré-julgamento que teria início no recebimento da denúncia. Não deve haver espaço para conjecturas sobre o indivíduo na etapa de admissibilidade da peça acusatória. O juiz deve ter sua atenção voltada para os fatos e argumentos trazidos pelo Ministério Público.

A partir dessa análise, o juiz tomará sua decisão, o que significa para o indivíduo imputado saber se terá, ou não, de suportar o peso da instrução criminal, de todo o processo penal. A decisão que recebe ou não a denúncia, nessa percepção, não deve ser considerada como coisa de menor importância, porque, ainda que o veredito final seja absolutório, responder a um processo criminal, por si só e desde o início, pode gerar graves danos sociais, inerentes a carga de ser acusado de uma conduta criminosa.

A presunção de inocência, portanto, é regra regente do processo penal, determinando, como afirma AURY LOPES JR.¹³, não somente que o juiz observe o tratamento dado ao imputado, não o considerando culpado, bem como tratando-o efetivamente como inocente¹⁴.

¹² **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – Artigo 11. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Pacto Internacional dos Direitos Humanos – Artigo 14. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Constituição da República Federativa do Brasil – Artigo 5º, inc. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹³ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 229.

¹⁴ Jaime Vegas Torres, *apud* Aury Lopes Jr., op. cit., p. 228:

Aliás, esse é, definitivamente, um dos nós que precisamos desatar no sentido de um sistema de justiça penal mais humano. Nosso Código Penal, a título de exemplo, ainda prevê a reincidência, fora o art. 59 e suas “circunstâncias judiciais”, em nítida abertura ao direito penal do autor.

Isto é, apesar da presunção de inocência e do princípio *in dubio pro reo*, daquela decorrente, terem assento constitucional, ainda permanece, em nossos diplomas normativos e na prática judiciária, uma série de elementos que levam em consideração, erroneamente, o suposto autor da conduta imputada, e não apenas o fato.

É preciso que se diga, juízes e procuradores do Ministério Público, em sua maioria, ainda persistem no direito penal do autor e em práticas inquisitoriais. Ter em conta a pessoa do imputado, negativamente em razão de características individuais (sociais, físicas, políticas etc.) e para além do que se encontra no processo, é negar a presunção de inocência, negando-lhe, conseqüentemente, o benefício da dúvida. Trata-se de prática flagrantemente inconstitucional e desumana.

Temos um sistema penal completamente apartado da nossa realidade social, como se fosse possível pensarmos um processo penal acrítico, apolítico. Nosso processo é reflexo de uma sociedade profundamente marcada por nosso passado escravocrata, pela desigualdade e por uma crença irracional na meritocracia, e sempre será sempre político.

“A partir da análise constitucional e também do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, VEGAS TORRES aponta para as três principais manifestações (não excludentes, mas sim integradoras) da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”.

Como esclarece GERALDO PRADO¹⁵, o direito penal e o processo penal são matérias sempre atravessadas pela política. Não se pode pretender se ocupar das questões penais, sem antes compreender que não há neutralidade possível. O processo penal é sempre um lugar de disputa entre o poder de penar, e tudo o que este representa, e a resistência defensiva pelo direito de liberdade. Isto posto, o estudo que o tem como objeto, em um contexto como o brasileiro, definitivamente, não pode lidar com a teoria apartada da realidade.

Alguns atores do sistema de justiça criminal parecem não enxergar o mundo que lhes rodeia. Não parece haver qualquer vontade de se fazer do processo penal um instrumento de justiça social. E, apenas para esclarecer, não se trata de defender um ativismo judicial, ou a desconsideração do texto legal em favor de um determinado entendimento do que venha a ser justo, ou injusto. Não é disso que falamos.

A Constituição traz em seu bojo um projeto de sociedade na direção de uma comunidade cada vez mais justa e igualitária. Para isso, estabelece uma série de direitos e garantias fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana. Logo, deveria ser bastante óbvio para os operadores do direito, a jurisdição deve ser exercida sob os marcos civilizatórios estabelecidos na Carta de 1988.

Assim, vale sempre reafirmar aqueles fundamentos para uma sociedade materialmente democrática, tentando fincar seus marcos dentro do sistema de justiça penal, dentro do processo penal, incluí-los no dia a dia do poder judiciário, já que este é marcado por relações desiguais, por formalidades descabidas, afastando o cidadão que, ao olhar espantado para um teatro do qual é integrante, não saber como participar, como agir. E, sim, uma democratização do processo também precisa passar por uma reformulação dessas práticas retrógradas que servem à manutenção de um lugar de privilégios e de exercício do poder punitivo, para que possamos, cada dia mais, avançar na concretização da presunção de inocência, também, como regra de tratamento do acusado.

Essa mudança de paradigma é fundamental para a consecução do princípio *in dubio pro reo*, pois ter alguém como inocente e, diante da menor dúvida, determinar sua absolvição, requer um mínimo de empatia. Não pelo indivíduo em especial, talvez seja muito exigir tal

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 2.

coisa. No entanto, é necessário que se tenha empatia pela figura humana, no sentido de identificar no réu um semelhante. Somente desconsiderando o que de si há no outro e transformando-o em alguém desprovido de humanidade e, portanto, dignidade, será possível ao juiz presumir a culpa, não a inocência, e, diante de qualquer parco indício, determinar a condenação¹⁶ ao regime prisional de maneira arbitrária, como se verifica em farta jurisprudência.

O princípio do *in dubio pro reo*, extraído da presunção de inocência, é imprescindível para materializarmos um sistema essencialmente acusatório, justamente por sua observância revelar o respeito a Constituição e o cumprimento dos marcos civilizatórios por ela estabelecidos. Somente tendo o acusado por inocente até que se dê o trânsito em julgado, o que deve se manifestar, sobretudo, no tratamento que lhe é dado no curso da instrução, o magistrado estará cumprindo seu dever constitucionalmente.

De outra ótica, se a titularidade da ação penal é do Ministério Público, também é sua a função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”¹⁷. Isto deveria implicar em um cuidado extremo, por parte dos representantes do MP, no exercício do direito de acusar e em uma observação das possíveis irregularidades que venham a ocorrer no curso da persecução.

No entanto, esta não parece ser uma preocupação da instituição. Não é raro nos depararmos com denúncia sem justa causa ou inepta, em que se nota uma quase exclusiva preocupação com a imputação, mesmo que para isso a peça acusatória seja apresentada baseada em frágeis indícios, não configurando nem o conjunto probatório mínimo necessário, ou com medidas cautelares restritivas a liberdade sem a fundamentação devida.

Apesar de não ser objeto do presente trabalho, que buscará se ater no exercício da judicatura, o papel do Ministério Público no agravamento do problema do hiperencarceramento e das violações às garantias fundamentais do processo é de enorme relevância. Isto porque deixa a função de defensor dos direitos assegurados na Constituição

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2015. p 8: “Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter ter uma forma mais expressiva da incivilidade?”

¹⁷ Art. 129, inc. I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

em segundo plano e assume, como precípua, a de acusar, muitas vezes a qualquer custo, quando esta deveria estar condicionada àquela. Nesse sentido, diante de uma situação de completa fragilidade probatória, ainda assim, membros do MP pugnam pela condenação, ao invés da absolvição e da impugnação de possíveis erros no processo ou no inquérito.

Isso é flagrante nos casos em que se imputa o crime de tráfico, relevante para o que tentamos desenvolver nesse texto. A Lei 11.343/2006, dentro de todo o conjunto de problemas que a envolve, trouxe a questão da dúvida entre quem seria o traficante e quem seria o usuário. Ou seja, a partir do advento deste diploma, cabe ao juiz decidir, diante das provas produzidas em contraditório, se o imputado é usuário ou traficante.

Ocorre que a jurisprudência não é pacífica quanto aos critérios objetivos possíveis para se realizar a diferenciação e a decisão acaba por ser tomada pelos agentes policiais que realizam a prisão em flagrante, pois a definição trazida no inquérito é comumente acatada na decisão final condenatória. Desse modo, a discricionariedade dada aos juízes com a lei, se mostra como verdadeira arbitrariedade, com pessoas condenadas por tráfico diante de quantidades ínfimas de alguma substância ilícita, enquanto outras como usuárias, apesar de trazerem consigo quantidade significativa. Frequentemente, não observamos nenhuma racionalidade por parte dos magistrados ao fazerem esta diferenciação, com argumentos que facilmente poderiam ser aplicados tanto ao uso, como ao tráfico.

Essa é uma situação que gera grave violação à presunção de inocência, ao contraditório e à ampla defesa, como buscaremos demonstrar no decorrer do texto. Momento em que o Ministério Público teria o dever de atuar não mais apenas como acusador, mas fundamentalmente como defensor dos direitos e garantias constitucionais, opondo-se a estes tipos de arbitrariedades.

Essa breve fuga é apenas para trazer à luz o papel do Ministério Público diante dessa situação que, ao invés de exercer seu direito de acusar, condicionado ao zelo pelos direitos assegurados na Constituição da República, muitas vezes opta por ignorar as irregularidades verificadas no desenvolvimento do processo penal, oferece denúncias ineptas ou sem justa causa e milita por condenações diante de quantidades ridículas de substâncias ilícitas.

Como exemplo, temos o de uma pessoa condenada por tráfico de drogas e associação para o tráfico, quando trazia consigo apenas 0,6g de maconha e 9,3 de cocaína¹⁸. Esta situação por si já seria problemática e fica pior pois esta condenação ocorreu com base apenas na prova oral, resumida ao depoimento dos policiais, com esteio na Súmula n. 70 do TJRJ.

1.2. Contraditório e ampla defesa

A Constituição da República traz, em seu art. 5º, LV¹⁹, a determinação para que o contraditório e a ampla defesa sejam sempre observados nos processos judiciais ou administrativos. Em tese, trata-se de princípios distintos e podem ser lidos dessa maneira. De forma bastante reduzida, podemos dizer que a ampla defesa determina que ao acusado seja garantida, obrigatoriamente, a defesa técnica, por meio de advogado ou defensor nomeado, e seja facultado exercer a autodefesa.

Por sua vez, o contraditório pode ser visto a partir da essência dialética que deve reger o processo penal, implicando em pleno direito de informação, de participação e influência sobre todos os atos da persecução penal e de sustentar, se assim desejar, uma oposição à acusação. Na prática, no entanto, contraditório e ampla defesa se encontram em uma zona cinzenta, em que se garantem mutuamente.

A ampla defesa encontra justificação na “presunção de hipossuficiência do sujeito passivo”²⁰, sendo este considerado como inábil para exercer sua defesa de maneira plena. Ele não possui os conhecimentos técnicos necessários para resistir, em igualdade de condições, ao esforço realizado pelo aparato estatal dedicado à acusação.

Essa situação de inferioridade com relação ao Estado transparece na relação desigual que o acusado estabelece com o policial, com o Ministério Público ou com o juiz. Nesse sentido, a ausência de uma defesa técnica compromete todo o processo, pois torna impraticável a realização da ampla defesa, impede o contraditório e afeta diretamente a imparcialidade do magistrado ao julgar o caso. Este, por conta do desequilíbrio de forças na

¹⁸ Processo: 0008566-71.2016.8.19.0001

¹⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil**, Artigo 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁰ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 234.

relação entre as partes, não poderá decidir de maneira imparcial, porque a própria disputa desequilibrada que se dá no processo compromete o material produzido, no qual o magistrado encontra a base de sua decisão.

Garantindo o direito de defesa, portanto, garante-se o contraditório. Sem estar estabelecida uma estrutura dialética, em que ambas as partes, igualmente capacitadas, busquem o esclarecimento do que foi trazido na denúncia, com equivalente possibilidade de influência, ainda que o juiz se mantenha inerte, sua decisão restará viciada, parcial.

Como foi dito no início, não nos interessa a teoria apartada da prática e, no cotidiano forense, apesar de muitas vezes formalmente se respeitar a ampla defesa e o contraditório, na verdade, estes princípios encontram sérias limitações.

O art. 5º, LXXIV, da CRFB, determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Para isso, vem estruturando Defensorias Públicas nos estados, com o objetivo de que toda comarca possua uma Defensoria encarregada. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro é, senão a mais, uma das mais bem estruturadas Defensorias dos estados brasileiros. Ainda assim, não atende plenamente as necessidades da população.

Com relação a este tema, façamos um pequeno desvio, pois esclarece bastante sobre a disposição do Estado em dar condição aos vulneráveis de pleno acesso à justiça e, no que se refere ao processo penal, concretizar o sistema acusatório, dando condições ao fraco de exercer um contraditório irrestrito. É importante, já que grande parte dos defensores públicos estaduais atuam na área criminal e a enorme maioria da clientela penal depende dos serviços prestados por esta Instituição. Neste cenário, é nítida a opção política do Estado.

Vejamos, a Constituição, quando da sua promulgação, estabeleceu, em seu art. 5º, LXXIV, a assistência jurídica aos necessitados, indicando a Defensoria Pública para essa função, de acordo com seu art. 134, que em seu parágrafo único prescrevia a edição de Lei Complementar para a organização da Instituição.

Pois bem, somente em 1994 foi editada a Lei Complementar n. 80 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais

para sua organização nos Estados. E apenas em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, foi assegurada à Defensoria Pública autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária²¹.

Apesar de a Defensoria Pública do Rio de Janeiro gozar de uma situação privilegiada, pois sua origem remonta a 1897, quando um decreto institui a assistência judiciária na região, então, Capital do país, é óbvio a disparidade com relação ao Ministério Público. Isso é relevante pois diz respeito a necessidade de, em se tratando do caráter democrático imposto ao processo penal pela Constituição da República, observância ao tratamento paritário dos sujeitos processuais, decorrência direta do princípio da igualdade material.

Desta forma, o direito de defesa restará violado até as duas Instituições se encontrarem em um mesmo patamar de atuação. As Defensorias Públicas dos estados brasileiros ainda estão em processo de estruturação. Ou seja, o acesso à justiça e, por conseguinte o exercício do direito de defesa, não é possível a todos os cidadãos, ao menos, não com a prestação devida.

Retomando o curso, podemos afirmar, em tese, que no Rio de Janeiro a defesa é garantida, senão por advogado, por defensor público nomeado. O que seria reconfortante, não fosse a resistência demonstrada pelo Ministério Público e pelos juízes em concretizar o sistema acusatório²². Isso porque essa transição para o modelo acusatório não depende apenas de formalidades, mas sim de pessoas. São defensores, promotores, juízes que, no dia a dia de seus ofícios, devem, a todo momento, reafirmar aquelas características já citadas, consumando essa transição.

Não é admissível, por exemplo, que até hoje o processo penal não seja regido pela oralidade, o que alarga demasiadamente o tempo de transcurso do processo penal. Pior, permite que a teoria e as técnicas de interpretação sirvam de cortina, pois há tempo para se buscar as palavras necessárias para tanto. O juiz que profere uma decisão oralmente, diante das partes e do que foi produzido em contraditório, não tem tempo, nem recursos, para se

²¹ **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 134.

²² Nos referimos ao sistema de justiça penal, quando não houver menção ao Brasil, sempre nos limites do Estado do Rio de Janeiro e, em particular, da Capital, de acordo com nossa pesquisa.

utilizar de manobras teóricas que sustentem um exercício arbitrário de poder. Ou, pelo menos, essa possibilidade restaria reduzida.

MORATO²³, *apud* PRADO, afirma serem características da oralidade, como forma procedimental: a predominância da palavra falada; a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; a identidade física do órgão julgante em todo decorrer do processo; a concentração da causa no tempo. O processo penal ancorado na oralidade, por mais que não se dispense a sentença escrita, tem maior possibilidade de permitir que o contraditório seja efetivo, em razão da contraposição dialética possível no âmbito de um processo fundado na fala. É do tempo que estamos tratando.

O contraditório como forma de reconstrução da realidade, de busca pela verdade possível, a partir de uma disputa dialética entre as partes, com o juiz ocupando posição equidistante, em que haja equilíbrio e que a defesa possa disputar e influenciar tudo aquilo trazido pela acusação para o processo, está profundamente relacionado com o tempo. Ou com o esgarçamento do tempo entre os acontecimentos.

Desde o momento em que o juiz competente recebe a denúncia oferecida pelo Ministério Público, desde a primeira leitura, começa a ocorrer a formação da convicção que influenciará a decisão ao final. Como já dito acima, não existe pessoa neutra e, portanto, não existe juiz neutro. Assim, o contraditório deve estar presente em todos os momentos, somente assim o sujeito passivo poderia disputar, com isonomia, a narrativa proposta na peça acusatória. Apenas desse modo, estaria garantido o direito de ampla defesa.

1.3. Imparcialidade

Imprescindível ter clareza, por consequência, sobre as possibilidades de atuação do juiz. A imparcialidade, de que ora tratamos, não é qualidade do julgador, já que este é um indivíduo possuidor de uma história, sentimentos, convicções. A imparcialidade decorre dos limites impostos, pelo modelo constitucional de processo penal, ao desempenho do julgador. Assim, não há que se confundir imparcialidade com neutralidade, esta não sendo mais que uma ilusão.

²³ MORATO, Francisco, *apud* PRADO, Geraldo, op. cit., p. 154.

O art. 129, I, da Constituição da República, determina que a titularidade exclusiva da ação penal pública reste nas mãos do Ministério Público, impedindo que o juiz atue de ofício, sem que tenha sido anteriormente provocado por meio de uma denúncia. O referido texto constitucional vai além. Ao definir o Ministério Público como exclusivo titular, faz recair sobre ele todo a carga probatória. Significa dizer que, ao juiz, não cabe realizar qualquer atividade persecutória. A gestão probatória deve estar resumida apenas às partes, sendo o ônus todo do Ministério Público e preservando-se, desse modo, o juiz como espectador.

O controle sobre a atividade probatória é, sobretudo, o que caracteriza o próprio sistema. É na diferenciação dos papéis com relação a essa gestão que se fundam os sistemas acusatório e inquisitório. Nesse sentido, o Brasil se encontra em uma situação bastante complexa, em que convivem a Constituição de 1988, que nos determina a adoção do modelo acusatório, e o Código de Processo Penal de 1941, com nítido caráter inquisitório, como podemos perceber, apenas a título de exemplo, na leitura dos seus artigos 156, 234 e 383.

O princípio da imparcialidade do juiz, como se percebe, não é previsto expressamente. Decorre do sistema acusatório e das determinações constitucionais a cada envolvido no processo. Assim, se ao Ministério Público é dada a exclusiva titularidade da ação penal pública, recaindo sobre ele todo o ônus de provar o alegado, e à defesa o direito de se contrapor em igualdade de condições e produzir as provas que julgar necessárias, ao magistrado se destina a obrigação, de acordo com o art. 93, IX, da CRFB, de fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade.

Nessa tríade formada no processo, cabe ao juiz, tão somente, garantir o devido processo legal, cumprindo o que determina a Constituição. Assim, apenas permanecendo unicamente como observador e não aplicando os dispositivos do CPP que lhe dão poderes instrutórios (portanto, inconstitucionais), será preservada a imparcialidade do órgão julgador.

Novamente, nos deparamos com o abismo que separa a teoria da prática nos tribunais. Tudo o que foi dito depende da atitude dos operadores que compõem o processo penal. Pouco adianta nos alinharmos à doutrina defensora do paradigma acusatório, já tão consolidada, se, ao nos depararmos com a jurisprudência, as violações são flagrantes e constantes. A princípio,

a impressão que se tem é de completa impotência, pois o exercício da judicatura segue arbitrário, como se o poder se autolegitimasse.

Mesmo o princípio do duplo grau de jurisdição parece muitas vezes inócuo. Basta pensarmos nos arts. 254 e seguintes do CPP. Aduz, o art. 254, que o juiz poderá ser recusado por qualquer das partes, se não se der por suspeito, e elenca as situações em seus incisos.

No âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, o Tribunal Regional Federal da 4ª região entendeu, por maioria de votos, que uma situação excepcional exige medidas excepcionais, permitindo inclusive a desconsideração de determinações constitucionais e legais²⁴. O problema está justamente na excepcionalidade e de que maneira este termo não passa de uma construção teórica para justificar as diversas arbitrariedades que vem sendo cometidas no curso da referida “Operação”.

Esta decisão reflete a proteção de que gozam os magistrados por seus pares e a dificuldade que existe para se exigir o cumprimento de regras básicas, como a determinação de condução coercitiva apenas diante do não comparecimento de prévia intimação. Trouxemos uma decisão de um Tribunal Regional Federal, somente para demonstrar como o raciocínio raso, de que os fins justificam os meios, podem ser utilizados, ancorados no poder e em construções jurídicas sempre possíveis.

A menção ao que ocorre no TRF da 4ª região serve para pensarmos no quão distante estamos de uma prestação jurisdicional que garanta o que determina a Constituição da República e isso tem relação direta com o cenário que se apresenta no estado do Rio de Janeiro. A “Operação Lava Jato” teve suas irregularidades aprovadas em decorrência de uma situação supostamente excepcional (apesar de não haver qualquer excepcionalidade no que vem ocorrendo, pelo contrário).

Na realidade fluminense, algo parecido ocorre com relação ao tráfico de drogas. Os juízes parecem ter uma especial aversão a esse tipo penal e, rotineiramente, cometem as mais diversas violações contra os acusados de supostamente terem praticado esta conduta. O índice de presos provisórios nos presídios do Rio de Janeiro é altíssimo, com a justificativa comum

²⁴ **Tribunal Reginal Federal da 4ª Região** - P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS

de garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Poucas justificativas, dadas a decretação da prisão preventiva dos supostamente flagrancados incurso no tráfico, vem acompanhada da devida fundamentação. É nítido que o processo penal, para esses acusados, é regido pela presunção de culpabilidade, com o ônus probatório recaindo todo sobre a defesa. E, na prática, o equivalente à decisão do TRF da 4ª região, no TJRJ, é, justamente, a Súmula n. 70.

Com base neste enunciado, os juízes tem assumido um papel que não lhes é próprio, qual seja o de agentes de segurança pública. Sob a justificativa de vivermos uma realidade violenta, em que impera o medo constante imposto pelo dito crime organizado, cujos traficantes são a personificação, trazem para si o dever de reestabelecer a ordem pública.

Ao optarem por realizar suas funções dessa forma, com apoio na referida súmula, cometem diversas arbitrariedades. Assim, agem de encontro a imparcialidade que deveriam perseguir, violando o sistema acusatório, impedindo a ampla defesa e o contraditório, em um processo penal flagrantemente inquisitório.

O poder de decisão, em um Estado constitucional-democrático, não é legitimado em si, senão pela observância das garantias do acusado e dos limites de atuação impostos à magistratura pela Constituição da República. A Súmula n. 70 do TJRJ, apesar de tratar da prova oral, o que já seria questionável, na prática, vem sendo utilizada como salvo-conduto a falta de fundamentação devida nas condenações por tráfico de drogas.

É esperado que juízes conheçam o direito penal e as teorias positivas da pena, como, também, as funções manifestas e latentes da pena. Como ser humano responsável por decidir se aplica, ou não, determinada supressão ao direito de liberdade da pessoa acusada, causando-lhe os piores sofrimentos, ao juiz é imprescindível que saiba a respeito de seu campo de atuação. Seu exercício é limitado pelo que produzem as partes e pelo determinado no ordenamento jurídico. Apesar disso, antes de qualquer coisa, o juiz deve respeito à Constituição e tem obrigação de pautar suas decisões na dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o corpo normativo brasileiro.

A imparcialidade com que se espera atue o magistrado diz respeito a impossibilidade de que ele realize qualquer atividade persecutória. Esta nada tem a ver com sua função de garantidor dos valores constitucionais no processo penal. Como protetor da Constituição, o juiz tem o dever de afastar a aplicação de qualquer norma que se mostre em desarmonia com a Constituição, sobretudo aquelas violadoras da dignidade humana.

Dito isto, concordamos com EUGÊNIO R. ZAFFARONI e NILO BATISTA²⁵ em afirmar que, apesar de não conhecida todas as funções da pena, as funções manifestas não são possíveis. Isso porque a pena nada realiza, senão o sofrimento: não repara, não interrompe lesões em curso, nem neutraliza perigos iminentes. O operador jurídico conhece o tema e sabe que as consequências alcançam muito mais do que determina a lei. Basta pensarmos no princípio da intranscendência, presente no art. 5º, XLV, da CRFB, e na sua ineficácia. As consequências da pena transcendem, inevitavelmente, a pessoa do condenado, implicando em sérias consequências para seus familiares, inclusive de maneira ativa por parte do Estado, com as revistas vexatórias impostas aqueles que lutam para manter os laços afetivos com o ente preso (não há desculpas para esse absurdo).

Nesse sentido, em conformidade com a Constituição, o direito penal deve ser entendido como limite ao poder de penar. Assim demonstra JUAREZ CIRINO²⁶, ao tratar da culpabilidade como limitação do poder de punir e não mais como fundamento, já que conceito impossível de ser demonstrado, pois fundado na capacidade de livre decisão do sujeito. Aduz o autor que não se trata de descrever uma qualidade do sujeito, conceito ontológico, mas de atribuir uma qualidade ao sujeito, conceito normativo. A substituição serve a compreensão de que não se trata de uma função metafísica de legitimação da punição, mas de uma função política de garantia da liberdade individual.

Deste modo, o juiz deve trazer para o seu atuar cotidiano a compreensão de que o projeto de sociedade mais igualitária e justa, firmado na Constituição, implica na materialização do sistema acusatório. Não pode abrir mão da compreensão do direito penal e processual penal como limitadores do poder punitivo e garantidores do direito de liberdade. Nesse sentido, a imparcialidade há de ser sempre preservada, não havendo espaço para o

²⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 99.

²⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

direito penal do autor ou qualquer outro entendimento que não priorize os valores éticos e humanos fundados em nossa Constituição.

2. A SÚMULA N. 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A ILUSÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O enunciado, ora analisado, indica: “O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. O que se poderia extrair desta frase para a condenação - nada mais, nada menos, pois seria em desfavor do réu - é a permissão de restrição da prova oral ao depoimento de autoridades policiais e seus agentes. Não há leitura possível deste dispositivo que justifique uma condenação em que todo o conjunto probatório reste resumido no depoimento dessas autoridades.

Isso, no entanto, é o que vem realizando parte dos magistrados que compõem o TJRJ. Determinam condenações com apoio em elementos que não são determinantes para o tráfico, dando especial gravidade ao depoimento dos policiais que efetivaram a prisão em flagrante, com equivocado apoio na mencionada súmula. Violam a Constituição, o CPP e, inclusive, o próprio entendimento sumulado pelo Tribunal.

Esta percepção ignora por completo o sistema acusatório e, por conseguinte, a Constituição. Não é difícil perceber que o fato de se apoiar fundamentalmente no depoimento de policiais, torna a decisão condenatória nula. Isto porque não há imparcialidade, contraditório ou ampla defesa possíveis, como buscaremos demonstrar.

Diante do considerado, importa perceber a distância que separa teoria e prática em parte da jurisprudência do TJRJ e de que maneira a Súmula n. 70 se insere nesse contexto e muito quer dizer a seu respeito. Há o direito afirmado pela Constituição e pela doutrina e o direito produzido no âmbito deste Tribunal, em que o sistema acusatório não passa de uma quimera.

No que importa ao presente trabalho, a pesquisa se limitou ao art. 33 da Lei n. 11.343 de 2006, que tipifica a conduta do tráfico de drogas, devido a sua relevância para o tema. A referida súmula é habitualmente aplicada em condenações com base no citado dispositivo, em que o depoimento do agente policial é, muitas vezes, o principal elemento probatório a sustentar a acusação.

Esta praxe, além de violar a Constituição e o Código de Processo Penal, não é uma leitura correta do texto sumulado. Sendo que este por si só já é passível de críticas, se considerarmos o que parte da doutrina afirma no sentido de não ser possível considerar como testemunha aquele diretamente envolvido, no caso, o agente policial. A questão, portanto, não é simples.

Esta conformação do Tribunal fluminense ocorre em razão de parte dos seus juízes entenderem que possuem um papel relevante no quadro de segurança pública do estado, em equivocada compreensão de suas funções. Dessa maneira, a resistência defensiva torna-se quase inócua, já que os limites impostos ao exercício do direito de defesa são intransponíveis, com origem em uma percepção da realidade social que não cabe ao poder judiciário considerar para efeitos de decisão.

Como se fosse possível resumir a paleta de cores da vida cotidiana à duas, nos limitando, seres humanos, a bons e maus, alguns magistrados que compõem o referido Tribunal seguem na sua cruzada contra os traficantes, os tendo como grandes inimigos da ordem pública. Travam uma luta contra uma completa fantasia. Uma pessoa presa, por exemplo, tendo em sua posse 30g de cocaína, ainda que para a venda, é, realmente, o grande inimigo da coletividade, um indivíduo perigoso cujo o único destino possível deve ser a prisão?

A ligação entre tráfico de drogas e violência, com todos os envolvidos neste comércio sendo pessoas agressivas, cuja ressocialização é algo inimaginável, é uma construção que ganha enorme fôlego com o discurso midiático, sempre pautado na fantasia, no medo e na crença de que o sistema penal é a solução. Estimula um entendimento completamente descolado da realidade, em que a sociedade reproduz as ideias do tráfico como grande mal e o traficante como um indivíduo perigoso, desprovido de humanidade; da impunidade como um entrave a nossa paz; de que a polícia prende e o judiciário solta; de que apenas com mais tipos penais e punições cada vez mais severas poderemos extirpar o grande mal.

Na exploração da exceção como regra, a partir de casos que nem de longe representam a realidade, os grandes canais de comunicação geram o pânico e inflam o ideário coletivo com a solução punitivista para problemas de origem complexa. Com relação a redução da

maioridade penal, por exemplo, uma grande emissora de televisão, em um de seus programas matinais, chegou ao cúmulo de convidar um casal em luto pela morte da filha e uma especialista em direito que se posicionava contra a redução, os colocando lado a lado para debater o tema. É a exploração da desgraça humana sem qualquer intenção de esclarecer ou aprofundar.

Nesse contexto, é comum, diante de um acontecimento de grande repercussão, o Congresso aprovar leis em tempo recorde para tentar dar conta da demanda por soluções (não que este seja o único motivo). E o resultado, obviamente, é sempre muito ruim. Pretende-se, diante de um reflexo de uma falha estrutural, produzir uma solução instantânea para problemas nada simples, que ocupam os estudiosos há anos.

Nesse sentido, NILO BATISTA, citado por ORLANDO ZACCONE, afirma:

“Uma especial vinculação entre mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio. Tal vinculação, marcada por militante legitimação do (ou, para usar um termo da moda, ‘parceria’ com o) sistema penal – ‘parceria’ na qual fórmulas bisonhas do editorial ou do espaço cedido aos ‘especialistas’ concorde são menos importantes do que as mensagens implícitas, que transitam da publicidade às matérias esportivas – tal vinculação levou Zaffaroni a incluir, em seu rol de agências do sistema penal, as ‘agências de comunicação social’”.²⁷

A reflexão sobre a relação entre o discurso da grande mídia e a maneira como vem decidindo alguns juízes no TJRJ interessa devido à proximidade entre as duas óticas. Ambas no sentido de soluções totais e simplistas, como se fosse possível.

Diversos são os autores que tratam a respeito da cifra oculta e da seletividade na criminalização secundária. Não adianta persistirmos na fantasia, o sistema de justiça penal possui uma limitadíssima capacidade de resolução dos conflitos, não consegue alcançar todas as condutas de que se tem notícia, muito menos todas as que ocorrem de fato. Por consequência, é essencialmente seletivo. Compreende-se, assim, que a impunidade é inevitável e aqueles alcançados são apenas “bodes expiatórios” que servirão de exemplo.

²⁷ BATISTA, Nilo, *apud* ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 120.

No que tange a seletividade relacionada ao âmbito de incidência da Súmula n. 70, é preciso ter a clareza de que a grande parte daqueles encontrados no sistema prisional, em consequência do tráfico de drogas, são pessoas oriundas das camadas mais miseráveis de nossa população. A condição socioeconômica dos encarcerados não possui qualquer relação com a enorme quantia de dinheiro gerada pelo comércio ilícito de drogas.

A Lei n. 11.343/2006 fez este cenário recrudescer, aumentando assustadoramente o número de usuários e pequenos comerciantes encarcerados. A repressão ao dito crime organizado, enquanto política pública, se resume basicamente em atacar o comércio varejista, que, para ORLANDO ZACCONE, é representado por:

“homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. Desprovidos do apoio de qualquer “organização”, surgem, rotineiramente, nos distritos policiais, os “narcotraficantes, que superlotam os presídios e casas de detenção”²⁸.

Há juízes no TJRJ que, no entanto, parecem não enxergar, ou não querem, o que realmente representa o trabalho que realizam. Baseados na ideia de estarem diante dos inimigos da paz social, ignoram as mínimas garantias do acusado ao aplicarem a Súmula n. 70, pondo sob a defesa todo o ônus de provar a inocência do mesmo.

Na verdade, deveriam entender o direito penal como “o ramo de saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”²⁹, como aduz E. RAÚL ZAFFARONI. Ao contrário, muitas vezes, entendem o direito penal enquanto garantidor do estado constitucional de direito contra os inimigos, como se estes fossem alheios àquele e, assim, a resposta às suas condutas inadequadas pode ser violadora de seus direitos e violentamente desproporcional.

Em verdade, na maioria das vezes, trata-se de negar direitos aos que sempre tiveram seus direitos negados. Os que chegam ao sistema de justiça penal, selecionados pelas agências policiais, que atuam seletivamente nos limites da divisão socioeconômica da Cidade³⁰, são

²⁸ ZACCONE, Orlando, op. cit., p. 11.

²⁹ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 40.

³⁰ Um dos exemplos dessa divisão geográfica da seletividade penal é o “mandado pé na porta”. Não há “mandados pé na porta” nos bairros em que a população está inserida na lógica consumista de mercado, diferentemente do que ocorre nas favelas do Rio de Janeiro. Recentemente, por exemplo, sob a justificativa de

condenados, desde sempre. Cabe a defesa a quase impossível tarefa de conseguir passar por cima de todo o estereótipo levado em consideração pelo julgador, para, então, realizar a defesa técnica, direito constitucional do acusado.

E. RAÚL ZAFFARONI afirma:

“Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária”³¹.

E essa imagem possui influência direta em algumas das decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A Súmula n. 70 e a prática relacionada é possível, pois incidente sobre essa parte vulnerável da população, cuja resistência é sempre dificultosa dados os limites estruturais da Defensoria Pública. Sobre os acusados pela conduta do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, recaem todas as “cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos”, o que é perceptível pelo valor que os magistrados dão à acusação e ao depoimento dos agentes policiais, em detrimento ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

Essa percepção dos juízes em relação a esse ilícito penal, em particular, deve muito a origem dos que cotidianamente nele incorrem. Há um abismo social os separando e seria preciso um mínimo de sensibilidade, por parte dos magistrados, para perceber que a solução dada pela lei algumas vezes implica em sérias violações ao direito humano fundamental que é a dignidade. Isto se agrava por se tratar do traficante, um inimigo de quem se retira o status de pessoa, permitindo ao judiciário desconsiderar até mesmo as garantias legais.

Os reflexos dessa relação conflituosa no processo penal são os piores possíveis. Os juízes que entendem dessa maneira seguem convictos na sua função de agentes da segurança pública, tendo os traficantes como os grandes inimigos das pessoas de bem, enquanto a defesa persiste em realizar seu trabalho quase impossível, já que resta um sistema acusatório

que “em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública”, uma juíza do Rio autorizou que fosse feita uma “busca e apreensão coletiva” na Cidade de Deus - Processo 0397891-81.2016.8.19.0001.

³¹ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

meramente formal, conformado em uma realidade de graves violações às garantias processuais mínimas.

2.1. Policiais Militares e a presunção de legalidade e legitimidade de seus depoimentos

Para os juízes que aplicam a Súmula n. 70 de forma equivocada é necessário que fundamentem suas decisões, ainda que em uma lógica inapropriada para o processo penal, como determina o art. 93, IX, da CRFB/88. Comumente assentam suas escolhas, sobretudo, no testemunho do agente policial, alegando a presunção de legalidade e legitimidade de que gozam os agentes públicos³².

Como já dito, a única presunção possível no processo penal, porque determinada previamente pela Constituição e pelas normas internacionais de direitos, é a presunção de inocência. Contra esta, todas as outras devem encontrar o vazio.

Justificando suas decisões condenatórias com uma presunção estranha ao sistema acusatório, implica em que a verdade no processo, nestes casos, subsista baseada apenas na narrativa da acusação; em elementos supostamente colhidos em fase anterior ao processo e que serviriam tanto ao traficante, como ao usuário³³; e na relevância dada ao testemunho dos agentes de polícia. Deste modo, anulam qualquer possibilidade de resistência para a defesa, quiçá em igualdade de condições. Com isso, provocam uma completa inversão da carga probatória.

Afirmar a presunção de legalidade e legitimidade dos depoimentos das autoridades policiais, geralmente frente a um parco conjunto de provas, inevitavelmente, implica em presunção de culpabilidade para o réu, inadmissível no Estado constitucional-democrático. Apenas os elementos colhidos no ato da prisão em flagrante, como certa quantidade de

³²**Apelação nº 0011558-72.2016.8.19.0011** - “Os depoimentos prestados pelos policiais militares, em juízo, foram realizados, conforme se observa dos autos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, assim, é prova idônea para embasar o decreto condenatório, eis que não invalidada por fato concreto. A tentativa de desacreditar os depoimentos dos policiais não procede, eis que os mesmos devem ser avaliados no contexto probatório em que inseridos, mas sem prevenção ou preconceito em razão de seus ofícios. Até porque conhecem as consequências do calar ou falsear a verdade. Os policiais são o longa manus do Estado, cujas palavras devem merecer credibilidade, pois são agentes públicos”

³³**Apelação Criminal nº: 0033074-55.2016.8.19.0042** – “Compulsando os autos, verifica-se que o réu, com vontade livre e consciente, tinha em depósito e trazia consigo para fins de tráfico ilícito de entorpecentes 3,2g da substância denominada Cloridrato de Cocaína”.

substância ilícita, dividida em pequenos pacotes etiquetados com a marca de uma determinada facção, e localidade conhecida pelo comércio ilegal, não deveriam ser suficientes para o juiz formar sua convicção e condenar o imputado a pena do art. 33 da Lei de Drogas, pois tais elementos não são capazes, por si, de determinar a traficância.

AMILTON B. DE CARVALHO³⁴, ao tratar da lei e do justo, nos lembra sobre como, algumas vezes, o juiz retira de si toda a responsabilidade ética pelo julgamento, se apoiando na lei, apesar de injusta. Diz ele, tratar-se de um ato cômodo. Nos é caro este tema, pois, se o magistrado fundamentar o exercício de seu ofício alegando fiel cumprimento de lei, de súmula ou mesmo de entendimento pacificado de determinado Tribunal, o que fará diante de uma situação injusta, em que se encontram violadas as garantias fundamentais e nenhuma dessas opções fornecer uma resposta justa, com base nos valores humanos de envergadura constitucional? Sentenciará injustamente ou afastará a incidência do que justifica a injustiça e irá ao encontro dos direitos humanos determinados na Constituição e nos tratados internacionais relativos ao tema, compreendendo “que valor tem o processo penal para a civilidade de um povo”³⁵?

Apesar de o Código de Processo Penal, em seu art. 202, determinar que “toda pessoa poderá ser testemunha”, com relação a declaração do agente policial, em especial, é preciso cautela. Em algumas decisões, esse depoimento é o principal fundamento para a condenação. Não atentam, alguns juízes, no entanto, para os diversos problemas envolvendo o testemunho dos agentes policiais, como, por exemplo, o de tratar-se, na verdade, de elemento da fase preliminar, o da falsa memória ou para fato de que, por serem parte diretamente envolvida no ato que origina a persecução penal, é de seu interesse que o processo prossiga no sentido do que já foi afirmado na investigação.

Em princípio, não há qualquer impedimento para que os agentes se apresentem em juízo e relatem o que presenciaram na prisão em flagrante. A questão principal, na verdade, é sobre que peso o juiz dará a estas palavras. É imperativo que leve em consideração a natureza da atividade exercida pelos agentes, a realidade social na qual estão inseridos, como parte fundamental de sua construção e a repetição, realizada em juízo, do que já consta no inquérito policial.

³⁴ BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p.17.

O art. 155, do CPP, determina: “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 antecipáveis”. Dito isto, nada impede que o policial seja ouvido na qualidade de testemunha, desde que não fique restrito a reproduzir a declaração registrada no inquérito policial, observando integralmente o citado dispositivo.

Algumas decisões no TJRJ, apesar de apoiadas na Súmula n. 70, contrariam o enunciado e contém apenas o depoimento dos policiais como “prova produzida em contraditório judicial”. Isto não é aceitável, pois trata-se apenas de um subterfúgio utilizado pela acusação para evitar a proibição determinada pelo art. 155 do CPP, de uma decisão fundamentada “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Além, estas decisões alargam o conteúdo da referida súmula, atingindo todo o conjunto probatório, quando aquela se refere apenas a prova oral.

Ademais, para a defesa, de acordo com alguns entendimentos³⁶, a possibilidade de contraditar o que for dito pelos policiais somente surge quando for possível apresentar provas contra os agentes. Ou seja, nos processos em que a decisão se funda nos depoimentos dos policiais (repetição do que consta no inquérito) e nos elementos colhidos na investigação preliminar, o contraditório dependerá de um ônus probatório a ser suportado pela defesa.

Utilizando a divisão trazida por AURY LOPES JR.³⁷, entre ato de prova e ato de investigação, é preciso reafirmar que o ato de investigação não pode fundamentar uma decisão, pois não é produzido na observância dos princípios que regem o sistema acusatório. Serve apenas na demonstração do *fumus comissi delicti* e na formação da justa causa, fundamentos para a denúncia ou decisões de caráter provisório, jamais para gerar um ônus probatório à defesa ou formar a convicção do juiz.

³⁶ Apelação Criminal nº: 0033074-55.2016.8.19.0042 – “De fato, o ordenamento jurídico pátrio não admite a figura da prova tarifada e dessa forma, inexistente absolutismo em qualquer elemento probatório, inclusive em relação às declarações dos agentes estatais de segurança. Estas, entretanto, gozam de presunção de veracidade *juris tantum*, razão pela qual, querendo a parte contrária combatê-las, deve produzir provas capazes para tanto, sem o que, estando em harmonia com o acervo probatório, servirão de fundamento idôneo para a decisão jurisdicional”.

³⁷ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 547.

Este entendimento é o que se harmoniza com o respeito à presunção de inocência, pois ao acusado não cabe provar nada. Assim, não faz sentido afirmar a presunção de legalidade e legitimidade do depoimento do agente policial e determinar que só poderá ser afastada se a defesa apresentar prova em contrário. O juiz deve ser criterioso, pois ao formar sua convicção desta maneira, estará indo em sentido contrário ao que estabelece a Constituição da República.

Na verdade, não seria preciso tamanha manobra, se fosse compreendido, de fato, o caráter precário do processo penal. O fato que se busca conhecer é passado e sua reconstituição em juízo será sempre nos limites do que for possível apreender a partir dos atos de prova realizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, preservada a presunção de inocência.

A acusação, a princípio, inicia o processo tendendo ao insucesso, uma vez que é obrigada a produzir todos meios de prova que forem necessários para afirmar os pontos alegados na inicial e, deste modo, começar a afastar a presunção de inocência que garante o réu. O percurso deveria ser longo até a decisão final.

A Súmula n. 70 erra ao determinar, para a condenação, que a prova oral possa se resumir ao depoimento dos agentes policiais. Não leva em consideração que este depoimento, deve ser tido como ato de investigação, não pode servir como meio de prova apto a convencer o juiz sobre determinado fato, senão apenas como fonte. Outrossim, não podemos desconsiderar a realidade na qual se insere este enunciado, já que, com relação ao crime de tráfico, passou a servir de escusa para um processo que, substancialmente, se resume a reprodução do inquérito policial.

Assim, AURY LOPES JR. aduz:

“No plano probatório, o valor (dos atos do inquérito policial) exaure-se com a admissão da denúncia. Servirá sim para indicar os elementos que permitam produzir a prova em juízo, isto é, para a articulação dos meios de prova. Uma testemunha ouvida no inquérito e que aportou informações úteis será articulada como meio de prova e, com a oitiva em juízo, produz uma prova. Em efeito, o inquérito filtra e aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito”³⁸.

³⁸ LOPES JR., Aury, op. cit., p. 324.

Ainda segundo o Autor, o Código de Processo Penal não atribui presunção de veracidade aos atos do inquérito policial, o que feriria o princípio acusatório, dado que as garantias que devem vigor no processo penal democrático não se encontram presentes no referido procedimento administrativo.

Dito isto, os elementos oriundos da fase pré-processual devem acompanhar tão somente a denúncia, para servir de parâmetro para sua admissibilidade. O juiz, na sentença, deve valorar apenas os atos de prova realizados no curso do processo, sob o crivo de todas as garantias relativas ao sistema acusatório.

Não é possível, assim, como informa a Súmula n. 70, que o depoimento dos agentes policiais possa ser a única prova oral a ser valorada, pois, na realidade, trata-se de repetição e não produção de prova em juízo. Muito menos, em se admitindo a repetição como produção, que se trate do único meio de prova obtido em juízo a sustentar uma condenação.

Outra objeção a ser feita se refere a capacidade do agente policial de reproduzir com exatidão, em contraditório judicial, o que vivenciou. Policiais realizam prisões em flagrante por tráfico de drogas rotineiramente. O que afirmam na delegacia é dito pouco tempo depois da prisão, podendo guardar, assim, alguma verossimilhança com o que de fato ocorreu (impossível de ser verificado³⁹).

Passado o tempo, ao se apresentar em juízo para prestar seu depoimento, é bastante provável que não se recorde com minúcias do ocorrido. Ou pior, misture elementos das prisões em flagrante que efetuou até então. Este fenômeno da falsa memória⁴⁰, estudado pela

³⁹ Em LOPES JR., Aury, op. cit., p. 535: “Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado”.

⁴⁰ MARQUES ALVES, Cíntia e LOPES, E. José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Scielo, Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf> - “O ato de lembrar um evento envolve viajar mentalmente no tempo e reviver a experiência. Durante a recuperação, as memórias recobradas que aparentemente têm detalhes fortes são atribuídas às verdadeiras, embora algumas vezes não o sejam”.

psicologia e que muita relevância tem para o processo penal, foge ao controle do indivíduo que se apresenta para testemunhar. Seja ele um agente público, ou não.

Portanto, a prova testemunhal, que no processo penal ganha tanta relevância, é uma das mais frágeis que existe. A fala do depoente pode variar sobremaneira, principalmente dependendo da condução do depoimento, da maneira como lhe são feitas as perguntas, se sugestivas ou não. Diante disso, é comum, no depoimento dos policiais, ocorrer a repetição do que foi dito na delegacia.

O depoimento, sendo realizado deste modo, ao não se afastar do que está registrado no inquérito, evidencia sério impedimento para a concretização do contraditório e da ampla defesa. Inadmissível no curso do processo penal.

O inquérito policial é um ato administrativo sumário, em que o contraditório inexistente. Isso se mantém, principalmente sob o argumento de que o inquérito policial serve apenas como fonte probabilística, para a denúncia, da ocorrência de fato relevante para o direito penal e de que no curso do processo o acusado poderá se defender gozando de todas as garantias que lhe são próprias. Ocorre que o caráter inquisitorial do inquérito, nos casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, com incidência da Súmula n. 70, tende a prosseguir no curso de toda a persecução criminal.

Assim, durante o processo penal, nesses casos, alguns juízes afirmam a importância do testemunho dos policiais, este terminando por ser a base de seu convencimento. Isto, porque nenhum ato de prova é realizado verdadeiramente, o que deveria levar a absolvição do réu.

Ainda mais, devido à própria natureza da atividade exercida pelos agentes. Alguns julgadores não admitem, mas é óbvio que um policial que tenha realizado uma prisão em flagrante, ao depor em juízo, não contraditará a declaração dada por si próprio na delegacia. O policial é arrolado pela acusação, sendo que esta teve como base para a sua peça inicial o inquérito policial em que consta o relato deste mesmo agente. Ou seja, a acusação apenas deseja que o policial corrobore o que já foi dito.

Não se trata de considerar negativamente o exercício da profissão, ou afirmar que a declaração do agente público não é legítima ou verdadeira, mas de sermos sensíveis a

realidade que nos cerca e ao fato de que o policial é, antes de tudo, um ser humano. Portanto, natural que, em juízo, frente a toda uma estrutura repleta de formalidades, ele não diga nada que possa voltar contra si. Reafirmar o que existe no inquérito, assim, indica o caminho mais seguro.

Infelizmente, alguns magistrados parecem não entender deste modo, quando o imputado foi preso em flagrante por estar supostamente comercializando alguma substância ilícita. Essa convicção, quanto a presunção da fala dos agentes, ganha ainda mais força, quando se encontra no acusado todas as características do estereótipo do traficante, o grande inimigo. Nestes casos, o relato do agente policial torna-se inquestionável e é comum considerar como verdadeiras, declarações bastante suspeitas.

Esse é o caso, por exemplo, quando o policial afirma ter recebido uma denúncia de tráfico de drogas e, ao chegar no local indicado para a averiguação, se depara com acusados solícitos, que lhe fornecem, voluntariamente, todas as informações necessárias à prisão⁴¹.

Não podemos adivinhar o que pensam alguns juízes, mas nos parece razoavelmente óbvio imaginar que uma pessoa, em uma situação de relativa normalidade, não forneceria informações que pudessem leva-la à prisão. Apesar do fim da ditadura e da previsão constitucional da tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, esta terrível conduta permanece, principalmente nas localidades mais vulneráveis.

Assim, a aplicação da Súmula n. 70 do TJRJ, sob a justificativa de que o depoimento dos agentes público goza de presunção de legalidade e legitimidade, somente afastada quando confrontada mediante prova, vai de encontro ao processo penal como garantia dos direitos do

⁴¹ **Apelação nº 0004090-68.2011.8.19.0064** – “No dia dos fatos receberam informação via rádio de que no local indicado na denúncia havia tráfico de drogas praticado pela senhora Y e por outra pessoa. Para lá se dirigiram e encontraram o imóvel vazio. Logo após a chegada dos policiais apareceu a sra. Y e lhes franqueou a entrada. Esclareceu o depoente que pôde ver juntamente com seu colega a sra. Y pegar algo e jogar pela janela. Afirmou o declarante que o acusado X chegou e assumiu a propriedade da droga e mandou que Y pegasse o restante da droga, esclarecendo que Y indicou aos policiais o local onde havia jogado a droga. Acrescentou que com o acusado X foi arrecadado cento e poucos reais e com Y quase duzentos reais em dinheiro trocado. Informou que o policial W encontrou vinte e quatro sacolés de cocaína dentro da geladeira, afirmando que o acusado X assumiu que fazia venda de drogas a varejo e de imediato confessou a prática do crime de tráfico de drogas. Assumiu na frente de todos os policiais que vendia droga. O declarante afirmou que o acusado não participava de nenhuma facção criminosa, acrescentando que o acusado não disse há quanto tempo praticava o tráfico. O depoente afirmou que teve a informação de que Z havia deixado a droga com o casal na noite anterior aos fatos, esclarecendo que este já foi preso em Itatiaia, mas atuava no bairro Cabral”.

acusado e limite ao poder punitivo. Não se coaduna, portanto, com o ideal de um Estado constitucional-democrático, esvaziando por completo o sistema acusatório.

2.2. Traficante ou usuário: de quem é a decisão?

Há uma escolha das agências policiais, ao realizarem a criminalização secundária, que encontra abrigo em parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A seletividade penal é flagrante, tanto no processo de elaboração da Lei 11.343/2006, quanto na maneira como é aplicada no dia a dia da cidade do Rio de Janeiro.

Dentre os fatores que AUGUSTO THOMPSON, citado por ORLANDO ZACCONE⁴², apresenta para explicar o fenômeno da cifra oculta⁴³, nos interessa, particularmente, “a visibilidade da infração, a adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia preponderante e a vulnerabilidade à violência”.

Tratando-se de um tipo penal aberto, criador de um crime de perigo abstrato, como o expresso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que se leva em consideração para determinar a punição, é a pessoa do acusado. Assim, as agências de polícia terminam por alcançar os indivíduos que se apresentam de acordo com os fatores propostos por THOMPSON.

Como consequência, a criminalização secundária no tipo penal do tráfico de drogas se dá seletivamente sobre os indivíduos que supostamente se encontram praticando esta conduta em razão de possuírem o “estereótipo do criminoso”, que incorram na conduta de maneira ostensiva e que, por sua condição social, se encontram em uma situação de “vulnerabilidade à violência”. Elementos que, em verdade, deveriam ser desconsiderados, pois não determinam a conduta por si - ao contrário, geram dúvida, algumas vezes são a base da condenação.

⁴² THOMPSON, Augusto, *apud* ZACCONE, Orlando, op. cit., p. 18.

⁴³ ANYAR DE CASTRO, Lola, *apud* ZACCONE, Orlando, op. cit., p. 17: “Quem melhor explica a categoria “cifra oculta da criminalidade” é a criminóloga venezuelana Lola Anyar de Castro, que, em seu livro *Criminologia da reação social*, distingue a criminalidade legal da aparente e da real. A criminalidade legal seria aquela que aparece registrada nas estatísticas oficiais, já a criminalidade aparente é toda aquela que é conhecida por órgãos de controle penal (polícia, Ministério Público, juízes etc.), ainda que não apareçam nas estatísticas por diversos motivos, como, por exemplo, a falta de sentença, a desistência da ação, autoria não identificada, arquivamento, entre outros. Por fim, temos a criminalidade real, que é a quantidade de delitos verdadeiramente cometidos em um determinado momento. Afirma Lola Anyar: ‘Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A diferença entre a criminalidade real e aparente seria, pois, dado pela cifra negra’”.

São o fundamento, já que é a partir desses indicadores que se realiza a diferenciação entre o uso e o tráfico, ainda na prisão em flagrante. Um morador de uma favela que esteja com uma quantidade de cocaína para uso próprio, passando por uma localidade conhecida pelo comércio de substâncias ilícitas, inserida na região em que reside, pode ser abordado por agentes policiais por estar em “atitude suspeita”.

A abordagem policial em decorrência de “atitude suspeita” é comum nos bairros marginalizados, em que o tráfico ocorre a céu aberto e os agentes policiais agem de acordo com critérios que surgem do dia a dia brutalizante de sua profissão e do que determinam outras instâncias de poder, como o econômico, o político e o midiático.

O mesmo não ocorre em bairros inseridos na lógica de mercado da nossa Cidade. Normalmente, observa-se tratamentos díspares para situações semelhantes em Ipanema e no Complexo do Alemão. O tráfico de drogas se dá de forma diversa nessas localidades. Naquela, o comércio permanece no interior das residências e provavelmente só poderá ser alcançado se o agente estiver munido de mandado judicial; nesta, ocorre à céu aberto e a revista pessoal se justifica na “fundada suspeita”, expressão aberta, de conteúdo vago, a ser individualizada pelo próprio agente policial. A escolha, portanto, de se realizar uma revista pessoal, será baseada na subjetividade do agente público, sendo enorme o espaço para arbitrariedades.

Com isto, já é possível perceber como a criminalização secundária ocorre de forma diversa, a depender do objeto. Para os que fazem parte da camada miserável da população, o contato com a polícia é direto, o agente policial decide com base no indivíduo e nas suas características pessoais. Assim, a revista pessoal não se resume aos que supostamente tenham praticado o tráfico de drogas. Este procedimento, como já dito, é comum nas localidades marginalizadas e qualquer um, desde que tenha o estereótipo do delinquente, poderá ser revistado (no mínimo)⁴⁴.

A prática diária dos agentes policiais nas periferias do Rio de Janeiro não encontra nenhuma resistência. Na maioria das vezes, realizada a prisão em flagrante, o que ficou

⁴⁴ Também ocorrem com frequência, por exemplo, no verão, em ônibus que ligam os bairros à margem aos bairros centrais litorâneos.

registrado no inquérito pelo agente policial é utilizado pelo Ministério Público para a imputação e formulação da denúncia e, no curso do processo, o testemunho dos policiais terá enorme valor, apesar de não passar de uma reprodução do afirmado na delegacia.

O agente policial tem, portanto, extrema importância na etapa da criminalização secundária. Sua escolha, no momento flagrancial, é determinante para o resultado do processo. Não deveria ser assim. A prisão em flagrante e a declaração relativa, prestada pelo policial na delegacia, servem para a formação de um juízo de probabilidade da existência de determinada conduta ilícita e, assim, para o oferecimento da denúncia.

O comércio de drogas, por ser uma conduta acordada, ou seja, em que não há conflito, com pessoas que se beneficiam com a compra e venda (o traficante se satisfaz com esta e o usuário, com aquela), é um tipo penal de difícil investigação. Trata-se de crime de perigo abstrato ou crime de mera conduta, tipos penais em que o legislador não menciona o resultado, senão apenas a conduta penalmente relevante.

A discussão acerca do tema, inclusive sobre a inconstitucionalidade do art. 33 da Lei 11.343/2006, é de grande relevância, mas usualmente termina esvaziada quando confrontada com a realidade. O comércio de substâncias ilícitas e seus agentes foram transformados no grande mal, contra o qual trava-se uma guerra profundamente danosa para a coletividade e, principalmente, para a população marginalizada de nossa sociedade⁴⁵, sem que para isso tenha sido elaborado qualquer critério objetivo de distinção entre o tráfico e o uso e entre o tráfico que realmente poderia representar um perigo concreto ao bem jurídico tutelado e o que não passa de um comércio varejista ilegal, sem qualquer repercussão para a saúde ou segurança pública.

Em que pese a polêmica a respeito do tema, não se pode levar a sério uma política determinada de modo tão simplista. Não se discute que quantidade representa um risco concreto, muito menos a pureza da substância comercializada importa. A complexidade destes dois elementos, para ficar apenas nesses, face a pluralidade de usuários e suas necessidades, é inevitável.

⁴⁵ Vivermos em uma era de frequentes descobertas tecnológicas não importou na redução das desigualdades, a pobreza e a marginalização ainda persistem. Pior, ao que tudo indica, avanços futuros na área da automatização poderão representar a extinção de diversos postos de trabalho, agravando significativamente esta terrível situação.

A relação entre o uso e o tráfico e a imposição de que se determine critérios para a escolha, mostra-se de fundamental importância no que se relaciona à imputação da conduta com a pena mais grave. O princípio da lesividade impede a incidência do direito penal em casos de lesões sem maiores repercussões.

Dito isto, seria bom pensarmos de que dano falamos quando alguém é preso em flagrante com uma certa quantidade de substância(s) ilícita(s), pois se a quantidade significar uma lesão sem maior importância a um indivíduo, que dirá a toda sociedade. Estamos lotando nosso sistema prisional com pessoas que tem no tráfico varejista um meio de renda, não um instrumento para lesionar a saúde pública.

A falta de discussão a respeito, com a devida profundidade, revela o quanto a escolha realizada pela polícia, pelo Ministério Público e por alguns juízes, tem tão mais a ver com as características do acusado e da localidade em que ele se encontra, do que com a conduta em si, com o fato.

O traficante é o “inimigo”, este na concepção de ZAFFARONI⁴⁶. É a não-pessoa, contra qual o Estado tudo nega, inclusive sua dignidade. Isto toma forma pela persecução realizada fora do estabelecido na Constituição e nas normas internacionais relativas aos direitos humanos. Nega-lhe, no fim, o processo penal devido, fundado no sistema acusatório.

E o “inimigo” não é qualquer pessoa que comercialize determinadas substâncias, mas aquele cujo perfil se encaixe no estereótipo já definido. Um traço marcante deste rótulo é a condição social do indivíduo, o que diz muito sobre a distribuição espacial da criminalização secundária na cidade do Rio de Janeiro⁴⁷.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

⁴⁷ ZACCONE, Orlando, op. cit., p. 14-15:

Mapa de ocorrências por detalhamento de delito tráfico de entorpecente (2005), fonte do Instituto de Segurança Pública:

| Delegacia (Bairro): | Flagrantes: |
|--------------------------|-------------|
| 34ª DP (Bangu) | 186 |
| 36ª DP (Santa Cruz) | 89 |
| 21ª DP (Bonsucesso) | 83 |
| 14ª DP (Leblon) | 9 |
| 13ª DP (Ipanema) | 5 |
| 16ª DP (Barra da Tijuca) | 3 |

Para ORLANDO ZACCONE, “afirmar que o criminoso é caracteristicamente pobre facilita inverter os termos da proposição para afirmar que o pobre é caracteristicamente criminoso”⁴⁸. E é com esse critério torto que a Polícia Militar costuma atuar nesta cidade. As “operações” realizadas nas favelas do Rio de Janeiro seriam inconcebíveis nos bairros abastados. Não defendemos aqui a expansão das “operações” para outras regiões. Não se trata de ampliar o alcance do poder punitivo, mas de estabelecer sob quais critérios este se desenvolve e de que maneira é determinada a diferenciação entre o tráfico e o uso.

Segundo AUGUSTO THOMPSON, citado por ORLANDO ZACCONE:

“As classes média e alta tendem a passar a maior parte do tempo em locais fechados; os indivíduos marginalizados vivem a céu aberto. Compreende-se, por isso mesmo, haver muito mais probabilidade de serem os delitos dos miseráveis vistos pela polícia do que os perpetrados pela gente de posição social mais elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo do estrato a que pertence o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar o reconhecimento de serem criminosos”⁴⁹.

Conclui-se que a grande maioria dos flagrantes recaia sobre a população mais miserável desta cidade, sem que isso nos leve a concluir que apenas nas localidades por ela habitada ocorra o comércio ilícito de drogas. E ainda que o flagrante aconteça em um bairro de classe social mais privilegiada, sobre uma pessoa igualmente abonada, a probabilidade de que a considerem como usuária é real, o direito de defesa é real.

O miserável sofre duplamente. Padece, naturalmente, pelas condições em que se encontra e, caso supostamente incorra em uma conduta ilícita, terá de enfrentar toda a resistência do sistema de justiça penal para que possa ter um julgamento justo. Lavrado o auto de prisão em flagrante, imputado o art. 33 da Lei 11.343/2006, o acusado provavelmente será condenado⁵⁰.

⁴⁸ ZACCONE, Orlando, op. cit., p. 19.

⁴⁹ Ibid., p. 18-19.

⁵⁰ LEMERT, Edwin M., *apud* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 89 – Baratta, ao tratar do *Labeling Approach*, citando Lemert, mostra “como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um “commitment to deviance”, gerando, através de uma mudança na identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu”.

Como já afirmamos, nos processos relativos ao crime de tráfico de drogas, os elementos da fase pré-processual são determinantes na condução de toda a instrução e, principalmente, na formação da convicção do juiz. Dito pela autoridade policial que a conduta é a tipificada como tráfico, o resultado final muito provavelmente será uma decisão condenatória.

Neste sentido, trecho do voto do desembargador relator na Apelação Criminal nº 0030680-98.2016.8.19.0002:

“Neste aspecto em particular, eventual alegação de que a prova se restringe tão somente aos depoimentos dos policiais também não merecerá acolhimento. É entendimento pacífico que os testemunhos dos policiais, convergentes à verdade e coerentes, merecem credibilidade e são suficientes para embasar o decreto condenatório, mormente quando corroborados por outros elementos de prova, como na hipótese em tela. Inteligência da Súmula nº 70 deste E. Tribunal”.

O julgador, ao se referir a “outros elementos de prova”, trata do que consta no inquérito policial, não de provas produzidas sob o contraditório judicial. A defesa, por sua vez, teve o pedido de desclassificação para uso negado em decorrência do depoimento dos policiais. Nos casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, no fim, o que determinará a condenação é o depoimento policial.

A diferenciação entre uso e tráfico, portanto, não guarda relação com a quantidade de drogas apreendidas. A dificuldade é ainda maior no que concerne a separação entre o uso e o tráfico varejista, em que um indivíduo traz consigo apenas pequena quantidade da substância que pretende comercializar. Nestes casos, a seletividade é gritante.

Podemos afirmar, inclusive, que para quem vive a margem nesta sociedade, é como se a Lei de Drogas não possuísse seu art. 28. O tipo penal de uso que, em tese, deveria servir a uma política de desencarcerização, nas periferias do Rio de Janeiro é pouquíssimo aplicado. Isso porque, como também já dito, o contato entre os agentes policiais e os usuários ou traficantes varejistas é precedido de um conjunto de traços determinantes para o estereótipo do grande inimigo.

Assim, o indivíduo que traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização, e possua essas características, não terá muito o que fazer frente ao poder punitivo. A escolha, portanto, muitas vezes não é da pessoa, a polícia define a conduta por ela.

2.3. A permanência do Sistema Inquisitório a despeito do Sistema Acusatório Formal: o juiz como um agente de segurança pública

Na prática, a aplicação da Súmula n. 70, apesar do enunciado não ir além da prova oral, se mostra profundamente complicada, pois resume àquela todo o conjunto probatório. Alguns juízes parecem admitir a possibilidade de condenarem um inocente, fazendo recair sobre ele o “sempre violento, danoso e doloroso” poder punitivo estatal. O que não admitem, com veemência, é a absolvição de um verdadeiro culpado.

Trata-se de um danoso equívoco. O processo penal se destina à construção da convicção do juiz, este sempre um ignorante com relação ao fato que se pretende demonstrar. Qualquer tentativa de concretização do sistema acusatório e da máxima eficácia das garantias do acusado, afirmadas na Constituição e nas normas internacionais de direitos, poderá encontrar real limite na atividade de um juiz que não concebe a impossibilidade de se alcançar a verdade.

O que se busca, com o processo, é a reconstituição de um fato passado (conduta típica), através da prova. Essa reconstituição, justamente por dizer respeito a algo que já ocorreu, será sempre insuficiente. A reprodução fiel do ocorrido é impossível.

Imaginar a verdade como algo objetivo, alcançável, é uma ilusão. Com relação ao tráfico de drogas, isto é ainda mais evidente. Na grande maioria das vezes, o processo de conhecimento do magistrado sobre os casos que deverá julgar, basicamente, será realizado através dos elementos contidos no inquérito. Com a edição da Súmula n. 70, o que o Ministério Público faz, com aval do Tribunal, é arrolar os policiais que efetuaram a prisão em flagrante como testemunha. Um drible no limite estabelecido pelo art. 155, do CPP.

Nesse depoimento dos agentes em juízo, a repetição do que está registrado no inquérito é extremamente prejudicial à construção do convencimento do juiz. Isto porque, em um sistema acusatório, não se admite que o julgador busque a verdade (ao juiz não cabe qualquer atividade persecutória). Seu convencimento deve ser o resultado da disputa entre as partes que, através das provas e das narrativas apresentadas, deverão buscar revelar aquilo que lhes convém.

Ao entender que o depoimento dos policiais, enquanto repetição e nada mais, vale como prova produzida em contraditório judicial e ao atribuir à palavra dos agentes uma presunção de legitimidade, o juiz impede que o modelo acusatório de realize.

A mudança do paradigma inquisitório para o acusatório deu-se muito em razão das injustiças que aquele possibilitava. A busca pela verdade justificava verdadeiros absurdos, como a prática da tortura para extrair do réu o que de fato ocorreu. Os fins permitiam os meios.

Na atual contingência histórica, em que se busca a cada dia a concretização do Estado constitucional-democrático, em que seja garantido a todos os seres humanos os direitos estabelecidos nas Constituições e nos tratados internacionais de direitos humanos, é inadmissível que ainda vejamos uma atividade processual caracteristicamente inquisitória.

O juiz que pretende conhecer o caso que tem em mãos, deve observar estritamente os limites processuais impostos a sua atividade. Assim, de acordo com o art. 93, IX, da Constituição da República, deverá fundamentar sua decisão, sob pena de nulidade. E é aqui que podemos encontrar o real limite para a realização do sistema acusatório e o respeito máximo às garantias do acusado.

Por mais que a gestão probatória seja realizada exclusivamente pelas partes, a realização do contraditório dependerá sempre do magistrado. É dele a palavra final e, por mais que se observe o princípio do duplo grau de jurisdição⁵¹, estamos tratando de um entendimento sumulado e de uma prática que, apesar de extrapolar o enunciado, encontra amparo em grande parte dos que compõem do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O risco é enorme com relação a imparcialidade, essencial a função jurisdicional. Por mais que se estabeleçam limites a atividade do magistrado, a decisão final sempre restará

⁵¹ Trata-se do direito que as partes possuem de ter uma nova apreciação, total ou parcial, do que foi decidido, por órgão superior ao que proferiu a decisão pugnada. O referido princípio não se encontra de forma expressa na Constituição, mas pode ser extraído a partir da competência recursal determinada pela mesma, nos arts. 102, II e III, 105, II e III, 108, II e 125, § 1º. Para Tourinho Filho, de acordo com o art. 5º, § 2º, da CRFB, trata-se de garantia constitucional, posto que o referido direito consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu art. 8º, 2, *h*, e o Brasil fez o depósito da Carta de Adesão ao referido tratado, pelo Decreto n. 678 de 1992.

contaminada pela subjetividade de quem julga. Como já dissemos, a neutralidade é um mito. Assim, a imparcialidade depende do respeito aos limites estabelecidos pelo modelo acusatório, mas, também, da atitude do próprio magistrado.

Desse modo, quando o juiz se compromete com um dos lados, o sistema acusatório será sempre, e inevitavelmente, reduzido à meras formalidades, e um enorme espaço é aberto para as arbitrariedades na decisão. E, principalmente com relação a conduta do art. 33 da Lei 11.343/2006, há, em considerável parcela dos magistrados do citado Tribunal, uma tendência a acompanhar as agências policiais e o Ministério Público.

Isto é perceptível, por exemplo, diante do valor que é dado ao depoimento do policial, sendo este suficiente para a condenação, e o valor que se atribui as testemunhas arroladas pela defesa. O próprio discurso presente nas decisões demonstra o pré-julgamento feito por alguns juízes, quando se trata do tráfico de drogas.

O modo que se referem ao acusado, as palavras utilizadas, a construção de algumas decisões, são indicativos da vontade de cumprir algo que não lhes compete. Ou, no mínimo, de não se considerar a presunção de inocência daquele que responde a um processo por tráfico de drogas. Nesse sentido, ainda que a produção de provas esteja restrita às partes, há, nestes casos, uma aproximação, entre a acusação e o órgão julgador, inadmissível no sistema acusatório.

Na sentença referente ao processo n. 0008566-71.2016.8.19.0001, é possível extrair alguns trechos que exemplificam o que afirmamos. Em determinado momento da fundamentação, por exemplo, ao se referir as substâncias apreendidas, o magistrado relata que, por estarem devidamente fracionadas, estariam prontas para a mercancia. Ignora por completo que, assim como a venda, a compra também ocorre de modo fracionado.

Um pouco mais adiante, ao se referir ao comércio das substâncias, utiliza a palavra nefasto, apesar de estar se referindo a uma pessoa que trazia consigo 0,6g de cannabis sativa e 9,3g de cocaína. E, no que se refere a negativa da conduta pelo agente em juízo, o magistrado afirma tratar-se de um costume na seara criminal.

Com relação à disputa de narrativas, das provas apresentadas e de como se estabelece o contraditório, é nítido como não bastam os limites constitucionais e legais. A ampla defesa e o contraditório dependem do próprio juiz, senão vejamos. No processo ora apresentado, há o material colhido no flagrante e, em juízo, o depoimento dos policiais e de uma moradora da localidade em que se deu a prisão.

Com relação aos testemunhos dos policiais, citando a Súmula n. 70, o magistrado, admite algumas contradições, desde que na essência sejam convergentes: “É certo que algumas contradições são perfeitamente previsíveis em depoimentos de policiais militares que participam de várias ocorrências policiais, porém, na essência os depoimentos prestados pelos policiais militares neste Juízo são convergentes”.

Segue a fundamentação baseando a condenação nos elementos do inquérito, como local conhecido como ponto de vendas de drogas, dominado pela facção Comando Vermelho e que, portanto, a associação para a prática do tráfico se faz presente.

Já com relação ao testemunho favorável, dado pela moradora do local, arrolada pela Defesa, o juiz alega: “Ao meu sentir, as declarações da testemunha Y, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado X em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhece-lo ‘por muitos anos’ como vizinho”.

Na leitura da sentença, o que se percebe é a falta de provas suficientes para uma condenação. O que se verifica é a consideração de uma presunção de culpabilidade demonstrada pelo valor dado aos depoimentos. O testemunho da moradora Y, se coaduna com o do acusado X e ambos vão de encontro ao depoimento dos agentes policiais.

Ocorre que, analisando os trechos destacados pelo próprio magistrado para fundamentar sua decisão, a parte dos testemunhos dos agentes policiais é a que causa maior estranheza. Afirma, um dos agentes, que “ao proceder até o local informado avistou um ‘grupo’ correndo, mas que o réu X ‘foi o único que permaneceu parado, distraído, com uma sacola na mão’ e ao perceber a aproximação policial se tentou desvencilhar da referida sacola”.

Trata-se de uma das regiões marginalizadas da cidade do Rio de Janeiro, dominada pelo grupo Comando Vermelho. São locais em que as pessoas estão habituadas aos conflitos entre

facções e entre a facção local e a polícia. Será que um desses moradores permanecerá distraidamente, com uma sacola na mão contendo maconha e cocaína, após as pessoas que estavam ao seu lado correrem?

A inegável estranheza deste relato somada ao fato de que os relatos do acusado X e da testemunha Y estão de acordo, não deveria ser capaz de formar uma convicção condenatória. Diante dos elementos do inquérito e destes relatos, trazidos pelo juiz na sua fundamentação, a condenação não nos parece ter origem na convicção formada pela disputa entre as partes, senão pelo pré-julgamento que trazem alguns juízes com relação aos imputados pelo art. 33 da Lei 11.343.

Essa aproximação entre alguns julgadores, as agências de polícia e o Ministério Público não faz sentido, senão para o juiz que considere seu dever a preservação da ordem pública, trazendo para si a luta contra o mal dos males que é o tráfico de drogas.

A concretização do sistema acusatório, diante da conduta de alguns juízes, permanecerá no horizonte, como utopia. O magistrado, ao contrário daqueles que se percebem como responsáveis pela segurança pública, deve atuar em paz, sabendo que, por mais que o punitivismo se expanda, as condutas ilícitas atingidas pelo Estado serão sempre uma ínfima fração do total.

O poder de punir não se legitima em si mesmo, senão no respeito às regras estritas que informam o sistema acusatório. Assim, o juiz, ao decidir, deverá sempre se ater ao processo, às provas produzidas sob o contraditório, justamente para não contaminar sua decisão com questões alheias, como as que interessam ao ser humano que ocupa o referido cargo.

Obviamente, não falamos de uma busca pela neutralidade, mas de um agir que tem na imparcialidade, como respeito às garantias, sua base. Neste sentido, o magistrado precisará fundamentar sua escolha a partir do material fático, indicando que, a partir daquele, conclui neste ou noutro sentido. Assim, demonstrará seu conhecimento sobre o fato. Este conhecimento é o que legitima sua decisão.

Na sentença que trouxemos anteriormente, o julgador, ao invés de fundamentar sua decisão, reproduziu na fundamentação o que foi trazido ao processo pela acusação. É preciso

esclarecer o raciocínio utilizado que, a partir do conhecimento do material probatório produzido em contraditório, o leva a decidir em determinado sentido.

Assim, a alegação de que o depoimento dos policiais goza de presunção de legalidade e legitimidade não basta, justamente por não aprofundar o que se conheceu a partir dessa declaração. É como se o juiz aceitasse o que lhe é dito pelos policiais, apenas porque são policiais.

Ampla defesa e contraditório implica em dar as partes as mesmas possibilidades de apresentar as provas que desejarem, contraditar uma à outra e, assim, influenciarem, em igualdade de condições, a formação da convicção do magistrado. Isto não é possível quando o juiz já tem o combate ao tráfico de drogas como missão para si. Nada que a defesa trouxer ou disser conseguirá superar a acusação na disputa da narrativa, pois esse magistrado tem no processo penal um instrumento de combate a criminalidade e não de defesa das garantias, do direito de liberdade e de freio ao poder punitivo.

Em um Estado constitucional-democrático, onde se observe o modelo acusatório, o juiz deve ser um garantidor do devido processo legal, fazendo valer a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. Jamais deve ter sua função como parte da política de segurança pública determinada pelo poder executivo. Este, definitivamente, não é o seu papel.

GERALDO PRADO aduz: “(...) acusação e defesa surgem como propostas excludentes de sentença. Tal conformação só admitirá a influência das atividades realizadas pela defesa, se o juiz, qualquer que seja ele, não estiver desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo”⁵².

O processo penal, assim, somente será um instrumento de garantia quando observadas as regras estabelecidas pela Constituição, em conformidade com o modelo acusatório. Indispensável, portanto, a observância do princípio do juiz natural, entendido como a combinação da determinação prévia das regras processuais e da imparcialidade do juiz.

⁵² PRADO, Geraldo, op. cit., p. 108.

Do contrário, de que serve a existência de um processo, em que ambas as partes se contrapõem no exercício de reconstituição de um fato, cada uma a seu modo, quando o juiz já definiu sua posição antecipadamente, no momento em que recebeu a denúncia?

O magistrado, deste modo, deve, durante todo o curso da ação penal, se manter equidistante das partes, pois a ele se direciona todo o material produzido por aquelas. Apenas deste modo, será capaz de avaliar, dentre duas opções excludentes entre si, qual melhor se adequa ao caso versado e, fundamentadamente, prolatar sua decisão.

2.4. A decisão, a prova e a defesa como único caminho para a concretização do sistema acusatório

A Súmula n. 70 e a prática da qual se originou e que perpetua, tem permitido a permanência deste tipo de situação, a de uma decisão com frágil fundamentação, baseada exclusivamente no depoimento do agente policial.

Para o sistema acusatório, sobretudo para a defesa, a principal e devastadora consequência é a inversão do ônus da prova e a impossibilidade de um efetivo contraditório. A prova, para a defesa, deixa de ser uma faculdade, tornando-se uma obrigação, e o contraditório, irrealizável, pois que resumido à disputa entre a palavra do policial e a do acusado.

Trata-se, portanto, dos principais reflexos deste quadro violador das garantias constitucionais, imposto por uma política de segurança pública fundada na fantasia de perseguição ao “inimigo” e com a qual alguns juízes parecem se identificar. Como decorrência, cabendo a defesa provar a inocência do imputado, sendo-lhe negada a possibilidade de contraditar a narrativa acusatória, em alguns casos é perceptível verdadeira impossibilidade do exercício do direito de defesa.

Neste sentido, apresentamos algumas observações, a título de exemplo, sobre a Apelação Criminal nº 0013382-09.2015.8.19.0203:

a) Neste julgado, por unanimidade de votos, nos termos do voto do Desembargador relator, foi negado provimento ao recurso defensivo, pedindo a absolvição por insuficiência

de provas, e dado parcial provimento ao apelo ministerial, pela condenação ao crime de associação para o tráfico e a imposição do regime de prisão fechado.

O referido voto se inicia com a afirmação de que a prática do crime de tráfico de drogas foi demonstrada pelo conjunto probatório, de forma incontroversa. Este caso também se resume, essencialmente, aos depoimentos dos agentes policiais que realizaram a prisão em flagrante. Ou seja, tanto a sentença, quanto o acórdão, se apoiaram em elementos pré-processuais.

Repisamos, apenas o fato de constar na decisão, protocolarmente, que os depoimentos se deram sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não basta para torna-los meios de prova produzidos em juízo, se na fundamentação nos depararmos com um discurso incoerente nas suas razões. No processo penal, trata-se de tema da maior relevância.

FLORIAN, *apud* TOURINHO FILHO, afirma que “a sentença não pode ser, nem é, um ato de fé, mas um documento de convicção racionada”. Prossegue TOURINHO FILHO, “é preciso haja coerência no desenvolvimento da atividade intelectual do Juiz, externada na motivação. Uma motivação contraditória equivale a ausência de fundamentação”⁵³.

De nada adianta o modelo acusatório, se a separação entre o julgar e o acusar, na prática, inexistir. Quando o julgador forma sua convicção a partir de duas narrativas construídas no curso do processo, mas sem que a defesa e a acusação tenham se encontrado igualmente capazes de influenciar na formação de sua convicção, e das quais, desde o início, não se manteve equidistante, terá havido uma inevitável quebra da imparcialidade e das garantias da ampla defesa, do contraditório e do *in dubio pro reo*.

Assim, nas decisões condenatórias em que a Súmula n. 70 for aplicada, faz-se ainda mais necessário que o magistrado demonstre a sua “convicção racionada”, indicando o porquê que o levou a afastar a proposta da defesa para a reconstituição do fato e acolher a da acusação, valorando sobremaneira o depoimento dos policiais. Trata-se do único meio para esclarecer que a imparcialidade e as garantias do acusado foram preservadas. Definitivamente, não podemos admitir que a simples menção a presunção de legalidade e legitimidade

⁵³ FLORIAN, Eugênio, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 854.

(veracidade, para alguns) seja argumento suficiente para afastar a presunção de inocência, a única a ser considerada no processo penal.

Relembremos que o *in dubio pro reo*, consagrado em nossa Constituição, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, e marco civilizatório inafastável nos Estados que se pretendem constitucionais-democráticos, deve ser considerado, sobretudo, como dever de tratamento. O juiz, portanto, como afirma AURY LOPES JR., deve “ter uma postura positiva, tratando-o (o acusado) efetivamente como inocente”⁵⁴.

b) A palavra “incontroversa”, registrada logo no início do voto, demonstra que, para o Desembargador, não há o menor resquício de dúvida quanto à realização da conduta imputada ao acusado. Deste modo, o julgador parece acreditar ser possível, no processo penal, reconstituirmos fielmente o fato passado. Considerando deste modo, não é tão estranho que o acusado passe a ser tido como absolutamente culpado.

Este raciocínio não se adequa ao modelo acusatório, pois o processo penal, em razão de sua incapacidade de apreensão plena do que se passou, nunca conseguirá determinar nada incontroversamente, muito menos o absoluto afastamento da presunção de inocência. O contrário nos parece um ato de fé, não de cognição, e o uso da referida palavra parece nos indicar ter sido esse o caminho escolhido pelo julgador.

Poderia ser apenas uma questão de estilo incisivo, não fosse pelo comentário feito logo em seguida, pelo próprio Desembargador, com relação aos depoimentos dos policiais, utilizados como sustentação para a condenação. Destacamos o trecho:

“Conforme se verifica, os policiais proferiram relatos coerentes e harmônicos e, em que pese haja pequena discrepância no tocante ao local exato onde estava a droga, isto não é suficiente para ensejar descrédito nos depoimentos desses agentes, notadamente porque pode ser justificada pelo grande volume de operações e apreensões ligadas ao tráfico na região. Além disso, entre o flagrante e a audiência decorreram mais de três meses, de modo que as pequenas divergências são aceitáveis e não invalidam as declarações prestadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, as quais são marcadas pela presunção de veracidade, dada a natureza do cargo que exercem. O certo é que ambos asseveraram que o material entorpecente estava na posse do apelante. Apesar do inconformismo da defesa, o depoimento de policiais, aliás, como todo ato praticado no exercício da função pública, usufrui da presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos em geral, e devem ser valorados com credibilidade, principalmente quando se apresenta

⁵⁴ LOPES JR. Aury, op. cit., p. 228.

lógico e coerente, combinando-se com os demais elementos de prova, devendo ser prestigiado o enunciado da Súmula 70 deste E. Tribunal”.

Com esta passagem, procuramos demonstrar o que afirmamos anteriormente. Como pode ser “incontroversa, a prática do crime tráfico de drogas”, se a base da qual se extrai a certeza é duvidosa? Como já asseveramos, não há óbice apriorístico contra o testemunho do policial, conforme se extrai do art. 202, do Código de Processo Penal.

Entretanto, percebe-se na leitura do voto, os depoimentos dos policiais, que efetuaram a prisão em flagrante, não são conclusivos com relação ao local em que apreenderam a substância ilícita, informação fundamental para a imputação do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Não se está querendo dizer com isto que tais relatos devam ser desconsiderados, senão que não são suficientes para atribuir ao acusado a condenação. Neste sentido, se inconclusivos os depoimentos, estes não deveriam ser a principal garantia da decisão condenatória. Não porque tenham faltado com a verdade, e aqui resta claro como a presunção de veracidade é inócua, mas, justamente pela natureza da profissão. Como versado anteriormente, tantos e tão semelhantes são os casos, que a memória do ocorrido sempre poderá estar contaminada, o que impede com que seja a única prova a ser valorada para que se atribua uma determinada pena.

Não nos parece redundante lembrar que o relato dos policiais, antes de mais nada, já foi considerado pela acusação para a demonstração, na etapa de admissibilidade da denúncia, do *fumus comissi delicti* e da justa causa. Assim, nos parece razoável afirmar que o depoimento dos agentes, justamente pela questão da falsa memória que envolve a prova testemunhal de modo geral, e em especial a deste profissional, pelo grande número de casos semelhantes com os quais tem contato, deveria apenas figurar nas etapas pré-processuais e de admissibilidade.

Sabemos, no entanto, da dificuldade que há na produção de meios de prova, com relação a conduta do tráfico de drogas, no curso da instrução criminal. Muitas vezes, o conjunto probatório restará limitado ao que foi colhido no inquérito policial. Inadmissível, de qualquer maneira, que por uma falta de investimento no instrumental da Polícia Militar, o acusado tenha que suportar a inobservância de suas garantias, sob o pretexto de que não podemos perpetuar este cenário de violência. Novamente, esta não é a função do poder judiciário.

Ainda mais considerando-se a seletividade intrínseca ao sistema de justiça penal, que atinge duramente as camadas mais miseráveis da população fluminense. Neste sentido, ZAFFARONI nos alerta, “é impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre pessoas”⁵⁵.

O Desembargador parece não levar corretamente em consideração a discrepância entre os depoimentos, presume como verdadeiras as palavras dos policiais. No sentido do que nos aponta ZAFFARONI, o julgador desconsidera a realidade sobre a qual o processo penal opera. É de conhecimento de todos os vários casos em que policiais são denunciados pela prática de condutas ilícitas. Para ficar em apenas dois exemplos, podemos citar casos recentes de grande repercussão como o que ficou conhecido por “Caso Amarildo”⁵⁶ e a chamada “Operação Calabar”⁵⁷. No primeiro, dez policiais foram indiciados pela tortura que levou Amarildo à morte. No segundo, noventa e seis policiais foram denunciados pelo Ministério Público, imputando-lhes o crime de corrupção.

Conhecer a realidade em que se atua é entender que nada é absoluto e que, apesar da exceção não ser a regra, ela existe. Deste modo, assim como a admissibilidade de uma denúncia, desde que demonstrados os requisitos para tanto, não fere a presunção de inocência, não considerar o depoimento do agente policial como absoluto, não fere a presunção de legitimidade a que se referem os magistrados. Trata-se apenas de avaliar o que dizem os policiais, com a cautela necessária, e saber que, no cotidiano desta profissão, por vários motivos, irregularidades são cometidas.

Privar alguém de sua liberdade, fora as hipóteses excepcionais, é a maior violência que o Estado pode cometer, dentro dos limites legais, contra um indivíduo. O princípio do *in dubio pro reo*, consequência da presunção de inocência, obriga o julgador a considerar o que for mais benéfico para o réu, em caso de dúvida. Isto porque não há problema algum em não condenar alguém verdadeiramente culpado, já que o processo penal é sempre excepcional, mas impor a uma pessoa inocente o “sempre violento, danoso e doloroso poder punitivo” é inadmissível.

⁵⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro; op. cit., p. 65.

⁵⁶ <https://oglobo.globo.com/rio/inquerito-conclui-que-amarildo-foi-torturado-ate-morte-10225436>

⁵⁷ <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-civil-do-rj-faz-megaoperacao-contra-corrupcao-para-prender-pms-e-trafficantes.ghtml>

Não é razoável atropelar o que determina a Constituição da República, sob a justificativa de assegurar a ordem pública e a diminuição da violência urbana endêmica. Sobretudo em casos onde o suposto traficante nada mais é do que um varejista, na maioria das vezes encontrado apenas com a substância que pretendia comercializar, não representando qualquer perigo para o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Sua condenação não representa nenhuma alteração no problema que enfrentamos nesta Cidade.

Os acusados pelo crime de tráfico, principalmente os que tem o processo determinado pela aplicação da Súmula 70, são em sua enorme maioria presos em flagrante, sem qualquer uso da inteligência policial. A consequência direta disto é a completa insuficiência probatória. Como já consideramos, é comum que os elementos colhidos em sede de inquérito, possam se aplicar tanto ao tráfico, como ao uso. A dúvida está sempre presente nestes casos, podendo ser afastada no curso da instrução criminal. Quando, no entanto, os depoimentos dos agentes apresentam divergências, passa a ser inafastável.

E a questão é justamente esta: apesar da discrepância, o magistrado não demonstrou ter qualquer incerteza a respeito da imputação. Então, na verdade, o que podemos perceber é que, independentemente do conjunto probatório, apenas por ser acusado pelo crime de tráfico de drogas, o indivíduo deverá ser condenado. A certeza, neste caso, não surgiu das provas aduzidas pela acusação, mas de um julgar parcial, tendo no imputado o grande inimigo a ser combatido.

c) A decisão, consubstanciada no voto do Desembargador relator, é um claro exemplo de exercício arbitrário do poder punitivo, influenciado pelas demais instâncias de poder, como a política, a econômica, a midiática e principalmente pela prática cotidiana das agências de polícia.

FERRAJOLI, citado por GERALDO PRADO, nos esclarece sobre o tema:

“(…) um dos efeitos perversos da disfunção provocada pela aglomeração quântica de poderes consiste na criação de fato de um subsistema penal de polícia e ordem pública, ancorado nas demandas de defesa social, transferindo à polícia parte do monopólio legal da violência (...). Ressalta o professor italiano que a Polícia mescla duas espécies de violência: a que restaura e a que conserva o direito.

De todo modo, esclarece Ferrajoli, a violência empregada pela polícia tem como alvo os direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual o controle dessa força é indispensável e é latente a sua ilegitimidade.

Cabe ao juiz exercer controle sobre essas atividades.

Conclui, no entanto, Ferrajoli que às vezes os traços substanciais das funções de polícia podem ser percebidos não somente no interior dos aparelhos policiais, mas são igualmente detectados nos corpos definidos como ‘magistratura com funciones para-policiais’⁵⁸

A afirmação do magistrado de que a prática do crime de tráfico de drogas foi demonstrada de forma incontroversa, nos demonstra tratar-se de uma decisão ancorada nas “demandas de defesa social”. O Desembargador, ao decidir pela condenação e considerar os depoimentos dos agentes legítimos, apesar das discrepâncias, não realiza o controle das atividades policiais, citado por FERRAJOLI.

Ao contrário, se essas discrepâncias significarem alguma irregularidade na conduta dos policiais, além de nunca sabermos, não encontraram no judiciário um limite ao exercício arbitrário do poder, mas sim a chancela para perpetuar a prática. As agências de polícia não tem, de nenhuma das instâncias de poder, qualquer estímulo para alterarem seu *modus operandi* de forma que encontrem estratégias eficientes para alcançar o núcleo do narcotráfico (para os que acreditam ser este o caminho).

Afirmamos isto tendo como base um trecho da referida decisão: “O certo é que ambos asseveraram que o material entorpecente estava na posse do apelante”. Na verdade, se não houver grandes absurdos nos depoimentos, não importa o que disserem, senão que “o material entorpecente estava na posse do apelante”. Isto é o certo, não importa todo o restante do relato. Ou seja, se dos depoimentos dos agentes for possível extrair qualquer elemento que confirme a pretensão acusatória, serão considerados legítimos e legais.

Nenhuma defesa, por mais recursos que possua, conseguirá impedir o afastamento da presunção de inocência de um acusado por crime de tráfico, se, como feito no voto citado, o testemunho do policial estiver acima de qualquer suspeita e for considerado como a reconstituição absoluta do fato passado.

Se pressupormos desta maneira, não há qualquer necessidade de existência de um processo penal, quanto mais no modelo acusatório. Bastaria o relato do policial que realizou o

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, apud PRADO, Geraldo. **Prova penal e controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 51.

flagrante. Se for dito que o acusado incorreu na conduta do art. 33 da Lei 11.343/2006, o juiz deverá determinar a pena e a expedição do mandado de prisão, sendo inútil qualquer manifestação da defesa.

E assim ocorreu na referida Apelação. Desde o início, nunca houve possibilidade real de apreciação do pedido de absolvição, pois a decisão já havia sido tomada, provavelmente, no momento em que o juiz teve contato com a denúncia e o relato dos agentes de polícia. Além de ser uma clara e inaceitável violação aos direitos réu, trata-se de um profundo desrespeito com o profissional que realiza a defesa, este trabalhou sem nunca ter tido chance de sucesso na disputa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao editar a Súmula n. 70 e admitir a prática que vem se apresentando com a sua aplicação, permite que parte de seus magistrados desprezem reiteradamente diversos princípios essenciais ao modelo acusatório, ao que se compreende constitucionalmente como processo penal democrático, e a função a ser exercida pelo juiz nesse contexto.

Ademais, permite com que se confunda o exercício da magistratura com o da acusação e que o processo penal retome, como em um retrocesso civilizatório, algumas características do sistema inquisitorial. A certeza com que as decisões são proferidas, demonstram que não se trata de uma certeza baseada na verdade probabilística (construção na qual a dúvida faz parte) e única possível como resultado da instrução criminal, mas de uma convicção que remonta à verdade absoluta.

Nesse contexto de evidente etiquetamento social e aproximação entre a acusação e órgão jurisdicional, o acusado volta a ser um mero objeto do processo. E, perdendo a condição de sujeito, lhe são negadas todas as garantias contra o arbítrio estatal.

O objetivo para a criação de uma Súmula é a uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, a garantia de segurança jurídica para seus jurisdicionados. Ocorre que o reflexo da Súmula n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não é a segurança jurídica. O indivíduo que for preso em flagrante, pelo suposto comércio ilegal de substância ilícita, e comparece ao Tribunal deste estado na condição de acusado, não o faz de modo tranquilo.

Não nos referimos a inquietude inerente a condição em que se encontra, mas decorrente da estrutura opressora na qual está inserido. Rapidamente percebe que juiz e acusação se confundem e que a defesa enfrentará uma tarefa quase impossível. Se o imputado for preto e pobre, permanece mesmo de cabeça baixa, sabendo que muito provavelmente sairá de lá condenado.

Esse acusado preto e pobre de que falamos, faz parte da parcela miserável de nossa população e representa o maior número de encarcerados em nosso país. Sabe na pele como a abordagem policial ocorre na margem em que reside, porque é cotidiano. Acima de tudo, sabe que, pela sua condição de existência, se for acusado, a condenação é quase certa. Não importa se inocente, ou realmente culpado.

Esse cenário devastador para os que sofrem as consequências da inconsequência com que tem agido alguns juízes, só poderá encontrar resistência na defesa. O Tribunal editou a Súmula n. 70 e aprova a prática autoritária de alguns julgadores. Não podemos, portanto, esperar qualquer tentativa de retomada no curso civilizatório que venha do próprio Tribunal.

O que resta à defesa, além do seu trabalho diário na resistência ao poder punitivo é a questão que se faz urgente. Quais instrumentos jurídicos, ou não, a defesa pode lançar mão para interromper esse retrocesso é o que nos perguntamos. Apesar do risco da repetição, temos algumas considerações a fazer:

a) A edição da Súmula n. 70, como já foi dito, se deu sob a alegação de que os depoimentos prestados por policiais, constituintes da prova oral, são avaliados segundo os critérios comuns não podendo ser afastados exclusivamente pela situação funcional de tais testemunhas. Definitivamente, se um dia a questão foi simples, hoje o problema é outro;

b) O Código de Processo Civil aduz:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Apesar dessa determinação legal, até onde pudemos aferir, nossa pesquisa demonstrou não haver um conjunto de precedentes que deram origem ao referido enunciado de súmula 70 e do qual possamos extrair seu fundamento.

c) Da conjugação dos arts. 121, 122 e 123 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, podemos concluir, por interpretação extensiva, ser possível, para a Defensoria Pública, deflagrar o procedimento de cancelamento da Súmula, no Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça, com fundamento na Constituição da República e no Código de Processo Penal. No entanto, a decisão final caberá ao Órgão Especial.

O processo de cancelamento, portanto, é claramente político. A informação mais recente que encontramos sobre a Defensoria Pública e a súmula 70 consta no site da ANADEP⁵⁹ e é de fevereiro de 2016. O texto publicado informa que a Defensoria Pública estaria se mobilizando para pedir a revogação da Súmula n. 70 do TJRJ. É um bom sinal, mas insuficiente em nossa percepção. Caso deflagre um procedimento de cancelamento, como afirmamos, a decisão final caberá ao Órgão Especial. Nessa disputa política, a Defensoria Pública, quando muito, teria a seu lado a Ordem dos Advogados do Brasil. O discurso contra o inimigo encontra forte apoio entre a população, de modo geral, o que politicamente é ruim, pois fica muito difícil exercer a pressão necessária para que o Tribunal vá em sentido contrário à sua composição interna. A disputa é desequilibrada.

Juridicamente, podemos pensar na conjugação dos seguintes dispositivos para pugnar pela nulidade da decisão que aplique a Súmula n. 70, sem o devido fundamento: art. 93, IX, da Constituição da República; art. 563; 564, III, m; art. 381, II e III e art. 571, VII, todos do Código de Processo Penal e art. 489, § 1º, V, do Código de Processo Civil. No entanto, esta não se mostra a via mais eficiente, novamente, a decisão caberá ao próprio Tribunal.

Assim, a disputa, nos parece, terá de ser assumidamente política. As instituições ligadas a defesa no processo penal, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil, e outras entidades que busquem assegurar o respeito aos direitos humanos neste país, devem se articular de modo que se façam ouvir e a pressão exercida possa alcançar os juízes que compõem o Tribunal de Justiça deste estado. O caminho é longo, e deve ser percorrido. Pelo

⁵⁹ Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP.

Estado constitucional-democrático, pela Constituição da República, pela concretização do Sistema Acusatório, por fim, pela dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade vive um período crítico. Enquanto observamos os maiores avanços nos campos da ciência e da tecnologia, grande parte da população mundial se encontra sujeita a condições subumanas. Dito isso, é possível concluir que o processo de desenvolvimento, proporcionado pelo fenômeno irreversível da globalização, não é compartilhado, com consequências diretas para o sistema de justiça criminal.

O Estado, operando sob uma lógica de mercado globalizado não inclusivo, tendo no consumismo voraz o seu principal combustível, cria um extrato social condenado à margem e sobre este exerce um controle perverso, tendo no poder punitivo um instrumento extremamente eficaz. Aos que perdem a condição humana, a única garantia é a incidência do poder punitivo.

Como tentamos demonstrar, a Sumula 70 é reflexo evidente desse fenômeno. Foi criada com o pretexto de afastar o argumento defensivo no sentido da invalidade da prova testemunhal constituída por depoimentos de policiais, única e exclusivamente em razão de sua qualidade funcional. Na prática, sua aplicação vem se mostrando completamente inadequada em alguns julgados, incidindo, basicamente, sobre os casos de varejo do tráfico de drogas, em que o testemunho do agente público é o único meio de prova realmente considerado em decisões sem a devida fundamentação.

A prisão arbitrária desses homens e mulheres não representa qualquer alteração no quadro de violência urbana que vivenciamos atualmente. Basta olharmos os números: temos uma das maiores populações carcerárias do mundo e nem por isso observamos um retrocesso nos índices de violência. O discurso do recrudescimento das penas e do aumento da repressão, como soluções para o incremento da violência, não se sustenta.

Na realidade, a Súmula 70 é o reflexo de uma ideologia institucionalizada, percebida no modo como é aplicada, com decisões que se apoiam no referido enunciado para irem além. Não restringem somente a prova oral ao depoimento do agente policial, mas todo o conjunto

probatório, em uma valoração desmedida do relato e com a prolação de uma decisão de caráter absoluto, como se fosse possível presenciar o fato passado.

Assim, a análise crítica se faz mais do que necessária nesses tempos de profundo retrocesso. Foi o que tentamos realizar com o presente trabalho. No estudo (limitado) sobre o tema, procuramos apresentar as questões a partir da perspectiva crítica, fazendo desta um método, como MICHEL MIAILLE, citado por GERALDO PRADO, esclarece: “a crítica como a possibilidade de fazer aparecer o invisível”⁶⁰.

Não nos interessa a tentativa constante de “conciliar o inconciliável”⁶¹, por isso consideramos que o único caminho para a realização do Estado constitucional-democrático, da perspectiva penal, é o respeito aos princípios fundantes do sistema acusatório, o cancelamento do enunciado ora contestado e a aplicação de um filtro constitucional à todos os dispositivos relativos ao direito penal e ao direito processual penal. Sabemos, no entanto, que a realidade nunca é tão simples como gostaríamos.

A promulgação de nossa Constituição da República não foi um momento de ruptura. A Assembleia Nacional Constituinte foi uma ocasião de disputa entre forças conservadoras e progressistas. Natural, portanto, que práticas autoritárias ainda resistam. Como dito, nossa Carta ainda possui 106 dispositivos pendentes de regulamentação para que possam ter efeitos concretos. E, ainda que sejam regulamentados, nada estará garantido. O processo de transição do autoritarismo para a democracia tem se revelado longo e dificultoso.

Seja em que área for, não tivemos, até o presente momento, nenhuma política pública que fosse posta em prática de modo não circunstancial, a garantir a todos os cidadãos, no longo prazo, a certeza de uma realidade menos desigual, com seus limites no profundo respeito aos direitos humanos. Vivemos a mercê de políticas que servem aos governos, não à nós.

De modo algum, desejamos associar o fenômeno do crime à pobreza, mas chamar a atenção para o fato de que o ser humano, apesar da Constituição ter a dignidade da pessoa

⁶⁰ PRADO, Geraldo, op. cit., p.5.

⁶¹ Ibid., p. 5.

humana como seu vetor principal, ainda não teve seu momento em nossa mais recente experiência democrática.

Nessas circunstâncias, os que podem, garantem sua dignidade por conta própria, e os que dependem do Estado, sofrem as consequências do atual momento de inflexão, em que tudo tende a ser transformado em mercadoria. Ou seja, aos que não tem condições de arcar com o custo da dignidade, o Estado oferece apenas o “sempre violento, danoso e doloroso poder punitivo”⁶². E não se trata de escolha, mas de uma realidade construída por opções feitas pelas instâncias de poder que determinam a constituição social do crime e do criminoso. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁶³ esclarece:

“Assim, *se o crime e o criminoso* são realidades sociais construídas por mecanismos de interação social, ao nível da *definição legal* de condutas como crimes (Poder Legislativo) e ao nível de *constituição judicial* de sujeitos como criminosos (Justiça criminal), *então* o Estado cria o *crime* e produz a autoimagem de criminoso e a criminalização posterior é efeito da anterior, *então* o Estado também *reproduz* a criminalidade, sob a forma de reincidência criminal”.

A relação, portanto, entre direito penal e direito processual penal, como instrumentos de criação do crime e reprodução da criminalidade, e a dificuldade de se proporcionar condições mínimas a população para a garantia de uma vida digna é direta. Será sempre muito difícil tentarmos estabelecer parâmetros democráticos para o exercício do poder punitivo, enquanto a dignidade humana não for um valor considerado amplamente, de modo a condicionar toda e qualquer ação proveniente do Estado.

CONCLUSÃO

Este trabalho, de modo geral, se propôs a analisar de que forma a Súmula 70 e a praxe criada a partir de sua aplicação nos casos referentes ao art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), por parte dos magistrados que compõem o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contribui para acentuar sobremaneira a já difícil transição do sistema inquisitório para um modelo acusatório. Considerando este como regente em um processo penal que se entenda em harmonia com a Constituição da República, devendo ser a “mais alta experiência de

⁶² KARAM, Maria Lucia, op. cit., p.656.

⁶³ GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (Org.). Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 129.

civilização”⁶⁴ e não mero instrumento do “sempre violento, danoso e doloroso poder punitivo”⁶⁵.

Buscamos esclarecer alguns princípios informadores do sistema acusatório e, cientes da incapacidade de esgotar a base principiológica regente do referido modelo, optamos por trabalhar com aqueles que consideramos indispensáveis. E preferimos adotar o princípio acusatório ao dispositivo⁶⁶, por entendermos ser importante o desenvolvimento de uma teoria geral própria ao processo penal, com categorias independentes do processo civil. Esse não é o objetivo do presente trabalho, mas consideramos por bem esclarecer a opção feita.

A importância em se precisar que princípios devem determinar a interpretação das normas relativas ao direito penal e direito processual penal é verificada, fundamentalmente, no descompasso entre a Constituição da República e o Código de Processo Penal. Desse modo, as implicações no processo penal e na atividade do julgador são enormes. Este deve sempre observar a Constituição e, sempre que necessário, afastar a incidência da norma infraconstitucional que esteja em desarmonia com a Carta. Nesse sentido, por exemplo, não pode o magistrado determinar de ofício a produção de provas, apesar de o CPP o permitir em alguns casos. Como o nosso mais recente período constitucional-democrático data de 1988 e por termos adotado a teoria da recepção com relação aos diplomas anteriores, esse procedimento de filtragem constitucional deve ocorrer toda vez que o juiz se depare com um dispositivo inconstitucional.

Depois de abordada a base estruturante do modelo acusatório, procuramos trazer os pontos mais relevantes para o problema que se apresenta com a aplicação da Súmula 70 do TJRJ. Assim, tratamos do agente policial e da impossibilidade de seu depoimento ser tido como inquestionável, pois, estabelecida a presunção de veracidade, a defesa não terá meios de contraditar a acusação, ocorrendo verdadeira inversão da carga probatória e total comprometimento da imparcialidade do magistrado que venha a valor dessa maneira o referido relato.

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 18.

⁶⁵ KARAM, Maria Lucia, op. cit., p. 656.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18º ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 123.

Procuramos ir além, demonstrando que o ato praticado pelo policial é, a princípio, legítimo e, por isso, serve ao inquérito policial e a indicação do *fumus commissi delicti* e na formação da justa causa, para o oferecimento da denúncia. No curso da instrução criminal, no entanto, deve ser analisado com muito critério, pois a formação da convicção do julgador deve se dar pelos meios de prova produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Apesar de formalmente ser possível considerar o depoimento do policial como legítimo, e até às fases citadas não haver maiores questionamentos, ou não seria mais permitido o exercício da ação penal fundada em flagrante delito, procuramos demonstrar que no processo a verdade é sempre probabilística e ao analisar o relato do policial o juiz não deve fazê-lo sem ter em conta a realidade em que opera o agente. Assim, caso o depoimento seja o único elemento formador da convicção, é nosso entendimento não ser possível a condenação.

Ainda sobre os testemunhos dos policiais, tentamos demonstrar que a prova testemunhal, por si, já deveria ser considerada com cuidado, pois sujeitas sempre as fragilidades da memória. Como trabalhado por alguns autores que se dedicam à pesquisa da “falsa memória”, a fala dos agentes é ainda mais frágil, em razão da natureza da profissão (a prisão em flagrante faz parte do cotidiano) e do lapso temporal, muitas vezes largo demais, entre o fato passado e a apresentação em juízo.

Outrossim, fez-se indispensável incluirmos um tópico relativo a dificuldade que existe na diferenciação entre a conduta de uso e de tráfico, dada a precariedade dos elementos de inquérito que normalmente acompanham a denúncia. Pugnamos pelo afastamento da segunda conduta, sempre que os elementos puderem que compartilhado por ambas, em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*. Este determina que, diante da dúvida, deve-se adotar o que for mais benéfico para o réu.

De profunda importância para o tema, este deveria ser o critério diferenciador adotado pelos magistrados na grande maioria dos casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, onde nada mais há além do depoimento dos agentes policiais e das substâncias ilícitas apreendidas. Ao menos, entendemos assim, até que o legislador crie critérios objetivos para tanto.

Como alertamos, sob o pretexto do combate à criminalidade, nos colocamos entre as maiores populações carcerárias do mundo. Sendo que, com relação aos presos condenados à pena do art. 33 da Lei 11.343/2006, grande parte encontrava-se na ponta mais fraca da cadeia do narcotráfico, representada por pequenos varejistas.

Com essa política de combate que não nos apresenta qualquer alteração nos índices de violência, apenas violações às garantias dos indivíduos a ela submetidos, como nos alerta CIRINO DOS SANTOS, o Estado “produz a autoimagem de criminoso e a criminalização posterior é efeito da anterior, então o Estado também reproduz a criminalidade, sob a forma de reincidência criminal”. Resumindo, apenas agrava-se a situação.

Por fim, nos debruçamos sobre a formação da convicção do magistrado. Devendo ser sempre o resultado de um processo cognitivo sobre prova robusta. Nesse processo, o julgador deve ter consciência da impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta. Deve se manter equidistante das partes, ciente de que reconstituição do fato passado no curso da instrução criminal será sempre precária, ainda mais nos casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas.

A partir de breve análise de uma decisão, onde a natureza contraditória do raciocínio desenvolvido pelo julgador é latente, procuramos demonstrar de forma clara o risco que existe no exercício do poder arbitrário. Demonstrando, por fim, que a Súmula 70 e sua praxis sugerem um exercício profundamente autoritário do poder, implicando em enorme retrocesso.

Diante do exposto, concluímos que aplicação da Súmula 70, apenas será legítima se os depoimentos dos agentes policiais forem coerentes entre si e, no curso da instrução criminal, forem produzidos meios de prova suficientemente robustos e que corroborem o relatado nos testemunhos. O juiz, por fim, possui o dever de se manter equidistante das partes e alheio a todo ato persecutório, decidindo sempre com base em uma convicção raciocinada e assim demonstrada na decisão penal condenatória.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Magistratura e Direito Alternativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: CL EDIJUR, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

CORRÊA DE LIMA, Joel e R. R. CASARA, Rubens (Coord.) **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ARTIGOS

MARQUES ALVES, Cíntia e LOPES, E. José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Scielo, Minas Gerais, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>

MELCHIOR, Antônio Pedro. **O Juiz “Agente de Segurança Pública” é o inquisidor contemporâneo**. Justificando, São Paulo, 2017. Seção Artigos. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>>. Acesso em: 12 out. 2017

IMPrensa

RAMALHO, Sérgio e BOTTARI, Elenilce. Inquerito conclui que Amarildo foi torturado até a morte. **O Globo**. Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2013. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/rio/inquerito-conclui-que-amarildo-foi-torturado-ate-morte-10225436>>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

FREIRE, Felipe; LEITÃO, Leslie; STRIANO, Nicolás e ROUVENAT, Fernanda. Mega operação busca 96PMs denunciados por corrupção e 70 traficantes. **O Globo**. Rio de Janeiro, 29 de junho de 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/policia-civil-do-rj-faz-megaoperacao-contracorrupcao-para-prender-pms-e-trafficantes.ghtml>>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

MARTÍM, Maria. Investigação na PM do Rio expõe ligação de parte da tropa com crime organizado: Última denúncia lança suspeita de que PMs estariam favorecendo facção criminosa e dando carona a traficantes no próprio blindado da corporação. **El País**. Rio de Janeiro, 24 de maio de 2017. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/22/politica/1495465689_479916.html>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

INTERNET

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Palestra de abertura do II Congresso dos Defensores Públicos do Estado de Rondônia, ministrada por Amilton Bueno de Carvalho - A missão do Defensor Público na defesa do um contra todos**. Rondônia, 10 de nov. de 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=FfmrQRvrgP8>>. Acesso em abril de 2017.