

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

**(I)LEGALIDADE DA VIGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA DE PROVA
TARIFADA PELA FÉ PÚBLICA**

FLÁVIO HENRIQUE AMENO NEVES GUERCIO

RIO DE JANEIRO

2017/2

Flávio Henrique Ameno Neves Guercio

**(I)LEGALIDADE DA VIGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA DE PROVA
TARIFADA PELA FÉ PÚBLICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Rio de Janeiro

2017/2

FICHA CATALOGRAFICA

CIP - Catalogação na Publicação

GG929I
(GUERCIO, FLAVIO HENRIQUE AMENO NEVES
(I)LEGALIDADE DE UM MICROSSISTEMA DE PROVA
TARIFADA PELA FÉ PÚBLICA / FLAVIO HENRIQUE AMENO
NEVES GUERCIO. -- Rio de Janeiro, 2017.
39 f.

Orientador: RODRIGO MACHADO GONÇALVES.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. MONOGRAFIA. 2. FACULDADE NACIONAL DE DIREITO.
3. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. I.
GONÇALVES, RODRIGO MACHADO, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Flávio Henrique Ameno Neves Guercio

**(I)LEGALIDADE DA VIGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA DE PROVA
TARIFADA PELA FÉ PÚBLICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

Guercio, Flávio Henrique Ameno Neves

(I)legalidade da vigência de um microsistema de prova tarifada pela fé pública/ Flávio Henrique Ameno Neves Guercio. – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017/2.

16 f.: 31 cm.

Orientador: Prof. Rodrigo Machado Gonçalves

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito, 2017/2.

Bibliografia: f. 27 - 29

DEDICATORIA

À minha família tanto biológica quanto terrena, pois foram os responsáveis pela minha chegada até aqui.

AGRADECIMENTOS

À orientação do Professor Rodrigo Machado Gonçalves, que reúne em si o dom do magistério e da advocacia.

À todos e a cada um dos espíritos de luz que tive a oportunidade de conhecer nesses maravilhosos anos passados na ilustre Faculdade Nacional de Direito, vocês são os responsáveis por essa graduação.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cujo verbete é exposto a seguir: "o fato de restringir-se à prova oral a depoimentos policiais e de seus agentes não desautoriza a condenação." Através da exposição detalhada de elementos primordiais do Processo Penal Brasileiro e da função esperada de contenção do poder punitivo; da conceituação da prova penal; da delimitação do papel desejável ao judiciário e da caracterização do processo de edição e aplicação das súmulas de maneira geral; objetiva-se, ao final da pesquisa, estabelecer se há e quais são os princípios e garantias constitucionais violados pela utilização da Súmula 70 como fundamentação de decisões condenatórias, bem como a motivação que justifica o seu surgimento e aplicação, em termos estatísticos.

Palavras-Chaves: Súmula 70; prova testemunhal; fé pública; legitimidade; processo penal; princípios constitucionais.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to study the Summary 70 of the Court of Justice of Rio de Janeiro, whose entry is as follows: "the fact that the police or its agents testimony are exclusively the only piece of evidence does not disallow the conviction." In this lead, through the detailed exposition of the primary elements of the Brazilian Criminal Procedure - and its expected function of containment of the punitive power, the definition of the criminal evidence, the delimitation of the desirable role of the judiciary and the characterization of the process of editing and application of the Precedents, this aims to, at the end of the research, establish if there are - and what are they - the constitutional principles and guarantees violated by the use of the Precedent 70 as grounds of condemnatory decisions, as well as the motivation that justifies its birth and application, in statistical terms.

Keywords: Precedent 70; testimonial evidence; "public faith"; legitimacy; criminal proceedings; constitutional principles.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	1
II. PERÍODO PÓS DITADURA E A NÃO RECEPCIONALIDADE AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 PELA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA FEDERAL DE 1988	3
II.1. Sistema Acusatório e garantias	10
II.2. Princípios Processuais Penais Constitucionais.....	15
II.2.1. Devido Processo Legal.....	16
II.2.2. Presunção de Inocência	18
II.2.3. Contraditório e Ampla Defesa	19
III. PROVA PENAL E SISTEMAS DE GARANTIAS	20
III.1. Meios de Prova x Meios de Obtenção de Prova	22
III.2. Direito e restrições à prova	23
III.2.1. Prova Testemunhal	25
III.3. Valoração da prova	28
III.3.1. Sistema de valoração - <i>prima facie</i>	29
III.3.2. Ordálias ou juízos de Deus	30
III.3.3. Sistema de prova legal: As primeiras normas de prova legal	31
III.3.3.1. Livre valoração da prova	32
III.3.3.2. Íntima Convicção	33
III.3.3.3. Livre convencimento motivado: persuasão racional.....	34
III.3.3.4. Standards Probatórios	36
IV. O SURGIMENTO DAS SÚMULAS E O HISTÓRICO DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	38
IV.1. Regimento interno do TJRJ referente à edição de súmulas.....	39
IV.1.2. Súmula vinculante e súmula de jurisprudência predominante	41
IV.1.3. Nascimento da Súmula 70 do TJRJ	44
IV.2. Súmula 70 como microssistema de prova tarifada	45
V. CONCLUSÃO	51
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

I. INTRODUÇÃO

O objeto de análise deste trabalho é a edição e aplicação da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cujo verbete é apresentado a seguir: “o fato de restringir-se à prova oral a depoimentos policiais e de seus agentes não desautoriza a condenação.”¹ O intuito de realizar essa pesquisa é averiguar, pontualmente, se o conteúdo trazido por este enunciado fere, não só a doutrina do Processo Penal moderno, mas também se é munido de inconstitucionalidade.

Visando este objetivo, a construção lógica desta monografia se inicia contextualizando o Código de Processo Penal de 1941 à luz da Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988, através do método dedutivo, fazendo-se considerações especiais acerca de cada um, respectivamente. Delimita-se as principais características progressistas, por assim dizer, do texto constitucional, e, em contraponto, há a exposição dos resquícios inquisitoriais da elaboração do regulamento processual penal brasileiro devido a sua forte inspiração no modelo italiano, o *Código Rocco*.

Após a delimitação clara dos aspectos mais garantistas e da definição de qual a desejável função que deve ser exercida pelo Processo Penal, adentra-se em pontos mais complexos da teoria processualista. O cerne do primeiro capítulo está na caracterização do sistema acusatório em detrimento do inquisitório. A intenção é de apresentar de maneira clara qual seria o modelo em vigência no Brasil - denominado de sistema misto - para, futuramente, pontuar categoricamente suas falhas e a maneira como a aplicação da Súmula 70 se aproveita destas.

Além disso, o capítulo também traz destrinchados importantes princípios basilares do Processo Penal, a exemplo: o princípio da presunção de inocência, o direito ao contraditório, à ampla defesa, entre outros. A intenção é de aferir um rito processual idealizado como responsável pela contenção do poder punitivo. O que se segue, portanto, é a exposição do mesmo, esmiuçando axiomas como *in dubio pro reo*, em tentativa de uma vez exposto,

¹ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Enunciado simplificado Súmula da Jurisprudência Dominante nº 70/2003, Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://portaltj.tj.rj.jus.br/web/guest/sumulas-70>> Acesso em: 28/09/2017.

conferir se este princípio e outras garantias são ou não violadas com a utilização do verbete do TJRJ.

O conteúdo do Capítulo 2, por sua vez, é de caráter mais dogmático e será acompanhado de um levantamento referencial bibliográfico de diversos autores exposto através do método dialético. Nele há a descrição de todo um sistema de provas, a qualificação do que é, em si, a prova penal e quais suas restrições ou aplicações. Por meio da diferenciação de meio de prova e meio de obtenção de prova, da caracterização do conceito de provas ilícitas e provas ilegítimas, há o intuito de capacitar o debate para estabelecer qual a legalidade do depoimento policial e se este pode, realmente, ser colhido como prova testemunhal.

Ademais, através da exposição do conceito de livre convencimento motivado e da definição da noção de valoração da prova, o presente trabalho almeja delimitar claramente qual a posição que o julgador ocupa no processo, quais suas restrições e, principalmente, qual deve ser a sua postura diante das provas apresentadas, valendo-se, para tanto, do estudo da jurisprudência atual.

Assim sendo, após a construção linear dos principais aspectos processuais, tem-se a definição objetiva do que são as súmulas. Tanto as de caráter vinculante, quanto as de jurisprudência predominante. Além da exposição de seus aspectos centrais como competência, efeitos e regimento de edição e revisão de seu conteúdo e uma retomada histórica na sua aplicação no país com o decorrer dos anos, há, também, a construção e defesa de uma crítica acerca dos efeitos da banalização de seu uso.

Ao fim, a pesquisa foca novamente em um recorte mais cirúrgico do processo de edição da Súmula 70 em específico, da qualidade de seu conteúdo e dos reflexos e justificativas da sua aplicação. Neste momento, há necessidade de estabelecer quais os interesses políticos da aprovação deste verbete, o contexto de seu surgimento e seu impacto, estatisticamente. Por conseguinte, busca analisar qual o papel do agente policial e qual a razão por trás de sua aproximação, é o fenômeno que se intitularia por judicialização da Administração Pública.

O capítulo final deve, também, buscar qualificar qual a relação entre os outros Tribunais de Justiça que optam por fazer uso do enunciado do TJRJ e as suas políticas de Segurança Pública. Em específico, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde há claramente uma ligação a ser feita com a política de combate às drogas e a utilização da Súmula como jurisprudência para a fundamentação das condenações.

Em considerações finais, o objetivo é de sinalizar não somente as violações do rito processual, das garantias constitucionais e da inversão do princípio da presunção de inocência, primordialmente, mas, também, deflagrar de que maneira a Súmula 70 faz parte de todo um arcabouço responsável pela manutenção dos abusos do poder punitivo. Nesse sentido, estipular, também a participação dos setores do Estado e da inconstitucionalidade de suas ações.

II. PERÍODO PÓS DITADURA E A NÃO RECEPCIONALIDADE AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 PELA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA FEDERAL DE 1988

Desde a “descoberta” de nosso país até os dias atuais, transcorrem-se aproximadamente 517 (quinhentos e dezessete) anos. Período este composto por inúmeras lutas que marcaram as páginas da história brasileira com sangue em razão das respostas desmedidas e repressivas dos governos autoritários àqueles que tentaram limitar seu poder.

Ao analisar a evolução legislativa, com exceção de algumas disposições processuais instituídas na Constituição Imperial de 1824, nosso primeiro Código de Processo Penal nasceu em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.²

Não obstante, a legislação que terá enfoque no presente trabalho será o Código de Processo Penal de 1941, devido a sua inspiração em ideais irrefutavelmente fascistas influenciados pelo *Código de Rocco* de 1930, elaborado por *Vicenzo Manzini* e seus desdobramentos teóricos na legislação brasileira que permanecem atrelados ainda que transcorrido quase um século. Em ambos os códigos, veem-se presentes normas

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

manifestamente autoritárias, dentre elas, o postulado italiano repressivo que mais se destaca é a presunção de culpabilidade em detrimento da presunção de inocência. Para Manzini, em razão da maioria dos indivíduos envolvidos em processos criminais terem como resultado sentenças condenatórias e, conseqüentemente, serem considerados culpados, não existiria motivo para considerá-los inocentes antes da manifestação da sentença.

O princípio da presunção de culpabilidade teve tamanha acepção no código de 1941 que, em sua redação primitiva, "*até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 156 CPP)*".³ Esse e outros artigos confirmam o grau de incompatibilidade das normas processuais penais datadas do Estado Novo, com os preceitos defendidos após a redemocratização e a promulgação da Constituição Republicana Federal em 1988.

Franco Cordero, em sua obra, descreve Manzini como "*xenófobo, partidário da repressão, defensor do glorioso passado inquisitório, alheio à investigação do direito comparado*".⁴ Apesar de ser fundamental a separação entre o indivíduo e sua produção intelectual, a elaboração de um código de processo penal, a *priori*, deveria pautar-se nos ideais de garantia das liberdades individuais, bem como dos direitos fundamentais, o que resta, no mínimo, improvável diante de tal ideologia.

As matrizes inquisitoriais advindas do regime totalitário Italiano, portanto, são necessárias para o entendimento dos conceitos que constituíram a base da doutrina processual penal brasileira da época. Sendo assim, cabe destacar que, a exposição de motivos do referido código torna nítida a referência à doutrina de Vincenzo Manzini, com destaque ao *Código Rocco*. Essa influência reflete em diversos artigos manifestamente inconstitucionais, que, todavia, em razão do sistema processual penal *misto*, foram contraditoriamente "recepcionados" pela Constituição. A questão se faz de suma importância haja vista que, ainda que tenha passado por diversas alterações, o vigente Código mantém a "*mentalidade tipicamente policialesca*"⁵ absolutamente incompatível com o conteúdo constitucional".

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Ob. Cit., 2014. Pág 5.

⁴ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad: Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000. v.1. pág 85.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Ob. cit. Pág 1.

O mestre Eugênio Pacelli é brilhante ao pontuar que, neste sentido:

"A perspectiva que mais nos interessa, exatamente porque até hoje ainda nos alcança, situa-se em meados do século XX, mais precisamente no ano de 1941, com a vigência do nosso, ainda atual (quanto a vigência) Código de Processo Penal".⁶

Nesse período, tem-se a organização do que se intitula "*Estado de Exceção*", sistematizado pela liberdade máxima nas mãos dos governantes que se utilizam do direito penal para garantia de uma ordem social e econômica pautada no controle social. Esse sistema, conforme destaca Lola Aniyar de Castro, predispõe de "*táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, a busca da legitimação, ou para assegurar consenso; em sua falta, para a submissão daqueles que não se integram à ideologia dominante*".⁷

As discricionariedades advindas do monopólio da força pelo poder punitivo do Estado se perfazem até os dias atuais. Todavia, graças aos esforços revolucionário-filosóficos de contestação dos excessos punitivos, o que se vive agora é um momento que - ainda que contestável – é compreendido como o mais democrático de todas as épocas, sob a vigência do Estado Democrático de Direito.

Essa pontuada questão acerca do auge da democracia no país, ainda sequer próxima ao que seria desejado, é decorrência dos resquícios inquisitivos dos regimes totalitários. Uma vez que, estes permanecem em função dos constantes descumprimentos de direitos e garantias individuais que, ainda que taxativamente escritos e positivados com o objetivo de não restarem dúvidas quanto sua aplicação ou restrição, seguem relativizados pelas práticas punitivas.

De todos os referidos avanços no ordenamento jurídico brasileiro, a CRFB de 1988 é, indubitavelmente, o registro de maior estima. Nela tem-se a determinação de normas de contenção do *ius puniendi*, utilizando como base política-jurídica, regras de delimitação da

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Ob. cit. Pág 5.

⁷ DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da liberdade**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005. Pag. 33.

legitimação da persecução penal atreladas ao devido processo legal e respeito às liberdades e garantias individuais.

Neste mesmo diapasão, o professor e ex-magistrado Geraldo Prado nos esclarece:

“As garantias do processo penal são, relativamente às liberdades individuais públicas afetadas pela persecução penal, ou seja, garantia materiais dos direitos fundamentais. O estado de direito, portanto, revela-se o lugar por excelência de aferição da compatibilidade entre os direitos individuais em tese vigentes e as práticas coercitivas que de forma monopolística estão e mãos dos agentes que atuam nos aparelhos repressivos estatais”.⁸

A transição do modelo jurídico vigente no período da Ditadura Militar ao Estado Democrático de Direito, fez com que o legislador constitucional tivesse especial atenção ao estabelecer e delimitar a rigidez das normas constitucionais. Estas estabeleceriam o ponto de partida e os limites do exercício punitivo, de forma a impedir o retorno dos retrocessos inquisitórios.

Portanto, elencar os princípios e garantias fundamentais consagrados expressamente pela Constituição Federal de 1988 e nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela incorporados, torna-se essencial para entender seus significados metajurídicos, especialmente nos campos ético e social. É a partir dessas concepções, que se torna possível a construção de uma nova ordem legal infraconstitucional justa.⁹

Consolidar esta compreensão é, não só desejável, como indispensável, sobretudo, por se tratar de uma matéria altamente suscetível a retrocessos em nome de uma política de segurança *"eficiente"*, largamente utilizada por um sistema repressivo que, muitas vezes, por trazer o jargão de *"proteção ao cidadão de bem"*, desprioriza o sujeito que é suspeito, réu ou condenado, legitimando a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, o importante não é apenas a compreensão do conteúdo e a cultura das normas *"garantistas"* presentes na Constituição, mas esclarecer e articular conceitos que

⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. - São Paulo : Marcial Pons, 2014. Pág. 19.

⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

*"pairam de forma nebulosa na doutrina pátria, em particular princípios, garantias, direitos do Homem, direitos humanos e direitos fundamentais".*¹⁰

Sendo assim, os princípios, por dotarem de caráter a *priori* abstrato e de *"baixa normatividade"*, cumpririam diversas funções dentro do ordenamento jurídico, destacando-se, entre elas, as de racionalização, interpretação e coesão. As garantias por sua vez, compõem todo *"instrumento ou meio técnico-jurídico o qual tenha o condão de converter um direito puramente reconhecido ou atribuído em abstrato pela norma em um direito efetivamente protegido em concreto e, assim suscetível de plena atuação ou reintegração, se foi violado"*.¹¹

Não obstante, se garantia é, então, um instrumento, é indispensável verificar a essência do direito *"atuado"* ou a ser *"reintegrado"*. Nesse condão, pode-se afirmar que o princípio da *dignidade da pessoa humana* é o grande valor basilar da contemporânea doutrina constitucional. Afinal, conforme afirma Häberle:

"uma constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos de sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares".¹²

Isto posto, toda e qualquer garantia constitucional tem como fundamento precípua a promoção da dignidade da pessoa humana e jamais podem ser empregadas práticas jurídicas contraditórias a ela. Sendo assim, a dignidade fundamenta a garantia e esta não pode ser graduada, haja vista que não é possível existir processo ou direito *"parcialmente em conformidade"* à dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, salienta Fauzi Hassan:

"portanto, legalidade, contraditório, ampla defesa etc. não são fins em si, mas instrumentos pelos quais se alcança a tutela da integridade da dignidade da pessoa humana, sendo, pois garantias que, por seu turno, vêm a constituir um sistema operacional que, pela sua dimensão prática, parece mais importante que os valores que o fundamentam quando, na verdade, não o é".¹³

¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Ob.cit. Pag. 6.

¹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie Costituzionali e 'Giusto Processo'**. Texto apresentado nas II Jornadas de Direito Processual Civil. Brasília. 1997.

¹² HÄRBELE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal in 'Dimensões da Dignidade'**. Ingo Sarlet. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2005. Pag. 128.

¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. Ob.cit. Pag. 7.

Outrossim, o estudo dos referidos princípios e garantias merece atenção diferenciada, conforme faz com maestria Luigi Ferrajoli ao arquitetar uma rede teórica que vincula tais garantias a um modelo específico de Estado, no caso, o Estado Democrático de Direito, militando obstinadamente em sua defesa.¹⁴

Essa rede teórica se estrutura nos princípios penais e processuais penais constitucionais, que equacionam e balanceiam os valores de segurança e liberdade. Esse talvez o maior obstáculo das ciências penais, haja vista que, pela ótica do Estado, cria-se uma regulamentação penal a partir dos valores políticos dominantes em detrimento dos direitos e garantias fundamentais. Não obstante, uma das expressões mais relevantes da teoria garantista de Ferrajoli é a presença do princípio da legalidade. A base de seu pensamento, portanto, é formada por dez axiomas, cada um se relacionando com um princípio penal ou processual penal diferente. Dessa forma, consagra-se na expressão “*nullum crimen sine lege*”.

Nesse sentido, o ilustre jurista italiano apresenta o princípio da legalidade da seguinte forma:

"Um esquema epistemológico de identificação da desviação penal destinada a assegurar, em relação a outros modelos de direito historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e, pois, o máximo grau de limitação da potestade punitiva e de tutela da pessoa humana contra a arbitrariedade".¹⁵

A doutrina clássica assevera que o princípio em estudo pode ser desmembrado em outros seis subprincípios: a) reserva legal, no sentido de que a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito; b) anterioridade, sendo certo que os crimes exigem lei anterior ao seu cometimento; c) necessidade de lei escrita, excluindo-se, portanto, os princípios e costumes do conceito de crime; d) necessidade de lei estrita, sendo inviável a utilização de analogias (*in malam partem*) para a cominação de crimes e penas; e) taxatividade, eis que de nada valeria uma lei penal incriminadora que não contasse com a clareza necessária para sua utilização; f) necessidade, eis que um crimes e penas não devem

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdição e Democracia” in Revista do *Ministério Público de Portugal*. 1997. Vol.72.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 3ª Edição. São Paulo. RT, 2010, Pág. 378.

existir se não for absolutamente necessário. Trata-se de decorrência lógica do princípio da intervenção mínima.¹⁶

A essas regras, o legislador constitucional atribuiu *status* de cláusulas pétreas, instituindo um sistema rigoroso de controle para modificação de seus textos. Dentre elas, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, positivado em seu artigo 1º, inciso III da CRFB de 88, destaca-se o citado princípio da legalidade, tutelado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Reforçando tal garantia, o artigo 5º, XXXIX, da Carta Magna anuncia que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A perspectiva subjetiva de segurança jurídica deve ser, portanto, transposta também às normas de processo penal. Como explica o excelentíssimo professor Nilo Batista, a abrangência do referido princípio inclui “a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração”.¹⁷

No âmbito da atuação do poder Judiciário, temos o processo penal como único meio através do qual é possível alcançar a satisfação punitiva. Desta maneira, em atenção ao princípio da legalidade, é imprescindível que o caminho processual atente-se às normas pré-estabelecidas, em nome da já citada segurança jurídica.

Em virtude de suas funções constitutiva e “de garantia”, ao princípio da legalidade atribui-se dupla função, visto que não apenas inclui as penas legais no ordenamento conferindo-lhes função de garantia, mas também constitui a própria pena legal a ser aplicada pelo Estado¹⁸.

Não sendo possível constatar quais critérios lastreados no princípio da legalidade serão aplicados ou não a determinado contexto probatório, este deverá ser automaticamente

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. Editora JusPodivm. 3ª Edição. Pág. 86.

¹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed. Rev e At. Rio de Janeiro, Revan, 2011, pág. 66.

¹⁸ BATISTA, Nilo. *Idem*.

excluído e considerado inválido. Nesse sentido, o ordenamento pátrio é irreduzível quando determina que no regime jurídico processual de gestão da prova, esta só pode ter-lhe atribuído valor tarifado em caráter excepcional e em virtude de previsão normativa instituída pelo legislador, de forma a não intervir no princípio basilar da segurança jurídica, previsto na tripartição dos poderes.

Desta forma, temos como exemplo o artigo 158 do código de processo penal que, em razão dos delitos que deixam vestígios, e, por conseguinte, da alta possibilidade de perda da prova, traz o instituto do exame de corpo de delito como exceção à prova tarifada, não permitindo a confissão da vítima como prova suficiente para superar o princípio da presunção de inocência e legitimar a decisão judicial. A legalidade, portanto, trata-se de real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais, daí sua inclusão na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais.

Nesse âmbito, conclui-se que para assegurar os direitos fundamentais, torna-se indispensável a instituição de uma forma processual penal específica. Consolida-se, por conseguinte, a noção de que a forma procedimental é indissociável do efetivo cumprimento do dever ser do Processo Penal como ferramenta de manutenção de garantias do cidadão. Nesse viés, o modelo processual acusatório passa a ser compreendido como sistema necessário para assegurar as premissas básicas do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, cabe adentrar na sua conceituação e historicidade.

II.1. Sistema Acusatório e garantias

Não se pode precisar com exatidão os momentos históricos de vigência dos sistemas acusatórios e inquisitórios, tendo em vista que a estrutura processual penal de cada período variou ao longo dos anos em consonância com as ideologias punitivistas ou libertárias presentes em cada contexto. Desta forma, embora não haja um consenso, estima-se que o sistema acusatório preponderou até o séc. XII e, com o surgimento da *Idade das Trevas*, foi gradativamente perdendo espaço para o sistema inquisitório, o qual predominou até o final do séc. XVIII, momento de fortalecimento dos movimentos sociais e políticos baseados nos ideais das revoluções burguesas.

Embora o modelo brasileiro seja majoritariamente considerado pela doutrina como *misto*, método no qual prevalece o sistema inquisitório durante a fase investigatória e o acusatório na fase processual, a este conceito cabem alguns questionamentos. Tendo em vista os antagônicos, senão paradoxais, preceitos e regras de cada sistema que serão esclarecidos ao longo desse estudo.

Portanto, faz-se necessário esmiuçar ambos os sistemas. Conforme exposto, o sistema inquisitório surge como um substituto do sistema acusatório em meados do séc. XII. Esse modelo nasce devido ao crescimento da Igreja e seu fortalecimento durante a idade média, alterando o paradigma do sistema de prova, que antes primava pelo valor legal da prova, a chamada prova tarifada. Além disso, essa transição também é marcada pela criação do *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Ofício*, responsável por reprimir tudo que fosse contrário ou fomentador de dúvidas acerca dos *mandamentos religiosos* e, assim, obliterar os *hereges*.

Isto posto, aglutinam-se as funções de investigar, produzir provas - incluindo julgá-las admissíveis - e julgar o processo. Nesse sistema o julgador, que antes era visto como um indivíduo imparcial de acordo com a estrutura dialética, passa a integrar todas as fases processuais, tornando-se o que se denomina como *inquisidor*. Nesse sentido, destaca o ilustríssimo Jacinto Coutinho: "*ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido*".¹⁹

Essa estrutura processual manifestamente contraditória, então, aniquila o princípio, há muito positivado, *actus trium personarum*, permanecendo em vigor até o fim do séc. XVIII, momento em que (re)surgem os movimentos filosófico-sociais de valorização da identidade humana e passam a questionar o modelo esquizofrênico inquisitorial.

Passada essa fase e com a retomada do modelo processual acusatório, o renomado jurista Aury Lopes Jr. aponta quais seriam as características do sistema acusatório puro:

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2001, Pág. 23.

"Na atualidade - a luz do sistema constitucional vigente - pode-se afirmar que a forma acusatória se caracteriza por:

a) clara distinção entre as atividades 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 motivado do órgão jurisdicional; 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".²⁰

Dentre os preceitos evidenciados acima, não objetivando conferir grau de importância a nenhum deles especificamente, posto que todos são indispensáveis à garantia constitucional dos direitos fundamentais, e, portanto, do modelo acusatório, cabe ressaltar alguns deles, que serão objeto de estudo do presente trabalho, bem como objeto de análise para contrapor o chamado sistema *misto*.

Nesse ínterim, destacam-se os itens "a, b, c" e "h", ao tratarem da: clara distinção entre acusar e julgar, da limitação da atividade probatória às partes (decorrência lógica do item "a"), da manutenção do juiz como um terceiro imparcial, alheio à investigação e passivo quanto a coleta da prova e da ausência de tarifa probatória, sustentando-se a sentença no convencimento motivado do órgão jurisdicional.

A partir dos tópicos destacados, insta analisar o sistema brasileiro intitulado *misto*, e assim, identificar sua matriz processual penal predominante. Nesse condão, o código de processo penal de 1941 é ferramenta fundamental à percepção dos resquícios inquisitórios remanescentes em nosso sistema, especialmente nos artigos que tratam da gestão da prova, haja vista que, ainda que, em tese, concentre-se nas mãos das partes gerir a prova em razão da divisão acusação-juiz, há a perpetuação de dispositivos que permitem ao juiz evocar a iniciativa probatória para: determinar a coleta de provas de ofício (artigo 156 CPP) e decretar a prisão preventiva de ofício, bem como condenar o acusado, ainda que diante do pedido de absolvição do membro do Ministério Público, nos moldes do artigo 385 CPP.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. Pág. 457.

Dessa forma, é possível observar através do conteúdo dos artigos supracitados, a permanência do modelo inquisitorial na fase processual, uma vez que constata-se vícios claros oriundos da fase investigativa em relação à atuação do julgador.

O processo penal legítimo pauta-se, portanto, na reconstrução temporal de um fato já ocorrido, pois que um crime sempre acontecerá em um momento anterior à deflagração da investigação ou ação penal. Baseando-se nessa reconstrução, as provas são instrumento indispensável à constatação dos fatos passados e sua relação com o julgador determina a estrutura processual vigente.

Corroboram, nesse sentido, os ensinamentos de Jacinto Coutinho²¹ que dispõem:

"Princípio dispositivo ou acusatório: funda o sistema acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador). Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator[inquisidor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório".

Isto posto, a mera divisão entre a função de acusar e julgar não permite a classificação do nosso sistema em acusatório. Uma vez que, a estrutura bifásica possibilita ao juiz da instrução ter atuação em momentos investigativos; a exemplo da autorização de busca e apreensão de provas em determinado local - quando não coletivos - permissão de interceptações telefônicas e; após, ainda julgar o processo quando manifestamente suspeito, visto que teve participação direta na coleta da prova, o impossibilitando assim, de julgar imparcialmente.

A ausência de imparcialidade do julgador, fere o princípio do *Juiz Natural*, bem como o princípio do *contraditório*, pois transforma a decisão judicial em mero ato de poder, também conhecido como ativismo judicial.

Por todo o exposto, verifica-se que reduzir o sistema processual penal brasileiro a categoria de *misto*, configura um eufemismo linguístico para não dizer taxativamente que sua

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2001, Pág. 13.

matriz é essencialmente inquisitorial. Dessa forma, o legislador majoritariamente se utiliza desse artifício para justificar as normas repressoras contidas no código de processo penal, que não foram e não podem ser recepcionadas pela Constituição de 1988.

A essas normas, faz-se necessário evidenciarmos os artigos: 156, incisos I e II, artigo 196, artigo 209 e artigo 385 do código de processo penal²². Por unanimidade, as referidas regras conferem poderes instrutórios ao juiz, permitindo-o determinar diligências de ofício, tanto na fase processual, quanto no curso das investigações preliminares; proceder o interrogatório do réu a qualquer tempo; ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes e reconhecer condições agravantes que não tenham sido alegadas.

De acordo com o que é estipulado pela Constituição Federal de 1988, o modelo designado ao ordenamento jurídico brasileiro é o sistema acusatório. É fundamental ressaltar esse fato, com o intuito de enfatizar a contradição prática que ocorre entre o dever ser do sistema processual vigente e as práticas dos tribunais brasileiros.

Assim sendo, todas as referidas normas inviabilizam o tripé constitucional: sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, uma vez que o ordenamento processual não afasta a atividade do julgador da atividade probatória. Nesse sentido, fere-se o princípio constitucional do devido processo legal, tendo em vista que seja na fase investigativa ou na fase processual o acusado tem, de plano, suas garantias constitucionais violadas pelos vícios inquisitivos processuais.

²² BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 05.11.2017.

I – “Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”;

II – “Art. 196: A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.”;

III – “Art. 209: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”;

IV – “Art. 385: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Alguns autores nomeiam o citado sistema *misto* como "*sistema acusatório formal*". Entretanto, Alberto Binder é cirúrgico ao desclassificar essa nomenclatura afirmando que: "*o acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias*".²³

A partir do exposto, após a qualificação dos sistemas processuais penais, torna-se necessário analisar detalhadamente os princípios e garantias constitucionais que acompanham o Sistema Penal Acusatório.

II.2. Princípios Processuais Penais Constitucionais

Como visto acima, nosso Código de Processo Penal data de 1941, período este contextualizado pela ditadura Vargas e, a partir do exposto anteriormente, influenciado pelo fascismo italiano quando da elaboração do código processual penal de *Manzini*. Momento tal de maximização da atuação do exercício discricionário dos integrantes das forças públicas de perseguição penal. Apesar do advento da Constituição Republicana Federal de 1988, estes mantiveram suas práticas funcionalistas voltadas à cultura da eficiência punitiva.

Neste sentido, o direito penal, ainda que repleto de garantias constitucionais, nunca pôde respirar fora dos ares inquisitoriais, visto que sua instrumentalização repressiva nunca haveria de o permitir. O processo penal, desta forma, constituía as *amarras* constitucionais penais, que garantiam os excessos punitivos, haja vista que seus ideais de raízes fascistas, possibilitavam sua flexibilização enquanto ciência de contenção do *ius puniendi* e quase sempre em nome da *ordem pública*.

Passados oito anos, Geraldo Prado considera como momento de retomada democrática o julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.338-7 e, em suas palavras diz: "*Marco histórico de que, contemporaneamente, não mais se admitiria a atuação do Estado em busca da imposição sanção penal aos autores de delitos fora dos marcos processuais estabelecidos pelas leis e pela Constituição*".²⁴

²³ BINDER, Alberto M. **Descumprimento das Formas Processuais**. Trad. Ângela Nogueira Pessoa. Rev. Fauzi Hassan Chouckr. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2003. Página. 51

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. Pág. 20.

O *Habeas Corpus* nº 73.338-7, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 1996, delimitou que a "*persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado*".²⁵

A importância do referido julgado, tem como papel fundamental assegurar que o legítimo exercício do poder punitivo seja executado de acordo com os princípios éticos, expressos ou implícitos, positivados na Constituição Republicana Federal e, assim, seja capaz de garantir o axioma *nulla poena sine iudicio*.

Dessa maneira, o princípio supracitado não se limita à mera legalidade dos procedimentos penais. Fundamenta-se na legitimidade constitucional das práticas e atuações dos principais personagens envolvidos com a persecução penal e integrantes diretos das instituições repressivas, que será melhor elaborado nos versículos seguintes.

II.2.1. Devido Processo Legal

Existe uma relação íntima de codependência entre delito, pena e processo. O delito depende da existência da pena e a pena depende da existência da junção delito e processo, havendo o processo penal função intrínseca de determinar inicialmente o delito e, por conseguinte, impor uma pena.

Isto posto, o presente dispositivo é dotado de extrema importância, tendo em vista seu caráter instrumental como meio para concretização da *persecução penal*. Nesse ínterim, em um sistema de garantias, o processo penal não pode ser considerado como mero instrumento disponível ao uso do poder punitivo (Direito Penal). Ele desempenha, portanto, papel primordial de limitador do *ius puniendi* e garantidor dos direitos do indivíduo por ele atingido. Sendo assim, conforme trata Aury Lopes Jr:

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.338-7, impetrado em favor de José Carlos Martins Filho em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello. Acórdão da 1ª Turma, publicado no Ementário nº 1.855-02, do Supremo Tribunal Federal. Data de publicação: 19.12.1996.

"um caminho necessário para chegar-se legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)".²⁶

Nesse sentido, seu texto possui tutela constitucional no artigo 5º, inciso LIV, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos²⁷, os quais dispõem, em suma, que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Conforme dito anteriormente, o princípio do devido processo legal vem concretizado na expressão *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, axioma que surge com o intuito de garantir ao acusado um processo justo e baseado nos preceitos e garantias constitucionais.

O tipo de processo adequado constitucionalmente, é, então, aquele que, por um método lógico e jurídico, possa permitir a identificação da ocorrência da infração penal e sua autoria.

Desta forma, ressalta Geraldo Prado, citando o jurista Sánches Vera, que o processo teria uma função (re)cognitiva, uma vez que viabiliza a constituição de um ambiente jurídico de verificação e refutação de fatos antagônicos, apresentados pela acusação e defesa, como condição de fundamentação das decisões adotadas.²⁸ Atribuindo ao caráter dialético do rito processual de contraposição de fatos, elemento-chave para a formação da convicção judicial.

O devido processo legal, portanto, caracteriza-se como fundamento garantidor dos princípios como contraditório, ampla defesa, a citada presunção de inocência, dentre outros. E, assim, um limitador dos vícios decisórios, haja vista que a ocorrência de qualquer violação das garantias elencadas implica na deslegitimação da sentença penal.

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit, pág. 27.

²⁷ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969. Assim preceitua o Art. 8º, das Garantias judiciais: "1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 08/06/2017.

²⁸ SÁNCHEZ VERA GÓMES TRELLES, Javier. **Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2012. Pág. 37.

É indispensável, de tal maneira, expor detalhadamente na caracterização de cada um dos princípios primordiais à fundamentação da devida e objetivada forma processual.

II.2.2. Presunção de Inocência

Antes de adentrar nas práticas dos chamados atores ativos da persecução penal, é necessário esclarecer um princípio de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência, que tem como consequência, a noção contida na regra processual penal do denominado "*in dubio pro reo*".

Esse princípio encontra-se taxativamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, CF 1988 e dispõe que "*ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Assim sendo, essa garantia funda-se na obrigatoriedade de que qualquer indivíduo que passe a ser parte no processo de investigação penal ou já no processo instrutório deva ser considerado, de plano, inocente. Essa garantia que permeará todo o processo, é especialmente importante, pois a sua ausência implica na impossibilidade de considerar a decisão penal como imparcial e, portanto, válida.

Sánchez Vera esclarece que a doutrina penal internacional e os tribunais internacionais de direitos humanos, conferem ao princípio da presunção de inocência responsabilidade por garantir a incerteza que deverá permear todo o processo penal.

Tal incerteza é conceituada pelo autor como uma "força normativa" do referido princípio, pois sua função não se limitaria ao fato de um acusado ser considerado a *priori* inocente, mas configura-se como condição de validade do próprio processo penal. De forma tal, a presunção de inocência assume um caráter intrínseco da existência do processo.²⁹

A possibilidade de condenação de um inocente origina o que a doutrina define como "ônus probatório" da acusação. O processo, por sua vez, deve ter como pilar a regra do "*in*

²⁹ SÁNCHEZ VERA GÓMES TRELLES, Javier. Ob. cit.. Pág. 35.

dubio pro reo", ou seja, as teses apresentadas pela acusação, se não restarem suficientes para ultrapassar as ideias de meros indícios do cometimento do delito, devem ser interpretadas em favor do acusado e, por consequência, em sua absolvição. Nessa mesma ótica de proteção aos direitos do indivíduo que é alvo da persecução penal, têm-se os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

II.2.3. Contraditório e Ampla Defesa

Os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, advém do direito de Defesa *lato sensu* que constitui a função da defesa em aportar voz aos direitos legais do acusado e, de tal maneira, reduzir a possibilidade de condenação do acusado somente pautada nas assertivas acusatórias. Observa Rui Barbosa que o advogado, assim, deve *"vigiar a racionalidade, não permitir que a indignação se transforme em Ferocidade e a expiação jurídica não se transforme em extermínio"*.³⁰

Antes de analisar tais conceitos, cabe ressaltar que ambos se encontram positivados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o qual confere *"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."*

Visando não romper com a balança igualitária, ainda que teórica, das partes durante o processo, o contraditório em primeiro plano, surge com o objetivo de permitir a defesa contrapor todos os argumentos aludidos pela acusação e realizar as contraprovas que poderão impugnar, questionar ou trazer novos elementos probatórios de forma a modificar completa ou parcialmente o contexto aludido pela parte acusatória.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, referencia-se a um viés probatório que poderá ser utilizado no curso do processo de forma a garantir sua defesa. Isto posto, divide-se em duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa. A segunda trata de um meio de defesa realizado pelo próprio acusado, trazendo consigo os direitos de Audiência, direito de presença

³⁰ BARBOSA, Rui. **O dever do advogado: Carta a Evaristo Moraes**. Rio de Janeiro. Edições Casa de Rui Barbosa. 3ª edição. 2002

e o chamado "*nemo tenetur se detegere*" - conhecido direito ao silêncio - que assegura que tal forma de defesa não possa ser utilizada como prova contra o suposto "réu".

Neste sentido pontua Aury Lopes Jr³¹:

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

A defesa técnica, também tida na doutrina como efetiva e indisponível, trata do exercício de defesa por um advogado ou defensor público. Neste condão, majoritariamente, entende-se por: efetiva, a defesa realizada por um defensor detentor de um conhecimento técnico-jurídico para o exercício de tal atividade, vedando-se a defesa precária e; indisponível, pois, de acordo com o artigo 261 do Código de Processo Penal³², ninguém poderá ser processado ou julgado sem um defensor.

Após o esclarecimento detalhado dos princípios inerentes ao modelo constitucional de Processo Penal, é imprescindível expor minuciosamente o conceito compreendido pelo instituto da prova penal e suas condições de validade e admissibilidade. Com o intuito de permitir uma análise mais fundamentada da prova testemunhal e, assim, contrapor ao objeto de estudo.

III. PROVA PENAL E SISTEMAS DE GARANTIAS

Esclarecido o sistema acusatório como sistema necessário ao Estado Democrático de Direito, bem como enunciados seus princípios garantidores, faz-se indispensável tratar de um tema que, por consequência, viabilizará os resultados jurídicos de determinado fato, conferindo-lhe veracidade ou não, pela *prova*.

Contextualizando o período histórico de relativização de garantias constitucionais em que vive-se atualmente, o instituto da prova tornou-se, talvez, o mais importante instituto

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit., pág. 228.

³² art. 261 CPP: nenhum acusado, ainda que foragido, será processado ou julgado sem defensor.

jurídico existente, especialmente no campo Penal. A discricionariedade do Judiciário expressa na Ação Declaratória de Constitucionalidade número 44 que, relativizou o princípio da inocência, demonstra que o jurista criminal deverá ter cuidado redobrado para conter o poder punitivo e, portanto, seus mecanismos de autolegitimação persecutória, dentre eles a indispensável prova.

Nesse ínterim, serão avaliados nesse trabalho os contextos históricos de surgimento da prova, sua evolução enquanto instituto epistêmico, relacionando-os aos modelos de valoração da prova e a *busca da verdade* no processo penal. Não obstante, prima-se pela análise da prova testemunhal em contraponto com os juízos valorativos do Judiciário e sua consonância constitucional.

Ferrajoli, em seu livro *derecho y razón* destaca a importância de existir um controle empírico como princípio essencial à existência do processo penal. Assim sendo, para que a tese acusatória possa resultar em prova válida, é imperativo que esta seja submetida à verificação e impugnação e, desta forma, configurando a exposição ao contraditório. O autor, em suas palavras, ressalta *nullum iudicium sine probatione*.³³

O passado inquisitorial, baseado na presunção de culpabilidade e na busca da *verdade* real, considerava válida qualquer prática probatória capaz de formar a convicção jurisdicional condenatória. Nessa lógica, o conceito de *justiça* foi gradualmente sobreposto pelo conceito de *condenação*, haja vista que os instrumentos persecutórios, dotados de poder absoluto e complexamente institucionalizados, legitimavam os abusos punitivos que pautavam-se na política *utilitarista* convencionada no princípio de que os fins justificam os meios.

O sistema acusatório constitucional, portanto, trouxe obstáculos às simplórias normas do antigo código de processo penal de 1941, inadmitindo que o processo fosse considerado como instrumento de acesso à verdade e conferindo a lei a "*tarefa de regular as atividades probatórias e definir o papel das partes na formação da convicção judicial*".³⁴

³³ FERRAJOLI, Luigi. Cit. 2010. Pág. 37.

³⁴ PRADO, Geraldo. Ob. cit. Pág. 22.

III.1. Meios de Prova x Meios de Obtenção de Prova

Entendida a função processual penal do sistema acusatório, bem como o papel da prova de legitimação do processo, cabe destacar que seu consectário lógico constitucional é o julgamento dos fatos objetos da esfera penal com base em provas produzidas e, legitimamente conscritas, nas garantias do devido processo legal. Sendo assim, prova é o instrumento ou o meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em um determinado processo e, por conseguinte, sua natureza jurídica não é outra senão um direito subjetivo, correlato ao direito de ação e de defesa.

Neste viés, faz-se necessária a distinção entre os atos de investigação e os atos de prova que originarão os *meios de obtenção de prova* e os *meios de prova*, respectivamente. Essa distinção que se faz um tanto repetitiva, é primordial para que, de plano, esclareçam-se que ambos institutos não tem apenas a diferença linguística, mas diferem-se inicialmente na sua capacidade epistêmica de tornar-se verdadeiramente: *prova*.

Os meios de obtenção de prova, portanto, são os atos realizados pelas autoridades legitimadas a execução da atividade investigatória - Ministério Público ou Polícia Judiciária - que tem como serventia à formação da *opinio delicti* do acusador. Atendo-se que, em um sistema processual *misto* como o brasileiro, em que a fase investigativa se utiliza de dispositivos inquisitoriais que cerceiam os direitos individuais garantidos pelo contraditório e ampla defesa, sua função não poderia ser outra que mera informativa.

Nesse sentido, haja vista a impossibilidade de controle empírico das investigações realizadas por essas entidades estatais, esses atos não tem como fundamento a justificação da sentença, posto que sua missão é atestar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para embasar o recebimento da ação penal ou seu arquivamento.³⁵

Em contrapartida, os meios de prova diferem-se substancialmente dos meros atos investigativos, uma vez que para a sua formação e validade são necessários diversos pré-requisitos delimitados pelas garantias constitucionais. Após o recolhimento dos *elementos*

³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit. Pág 330.

investigativos, estes só poderão adquirir a qualidade de *prova* quando respeitados os princípios processuais de garantia à presunção de inocência, contraditório, publicidade e, não obstante, ao devido processo legal, haja vista que seu conteúdo será utilizado para o convencimento do julgador e efetivação da tutela de segurança, consubstanciando-se na sentença.

Esta distinção se faz necessária, para efetiva adequação do sistema processual penal aos seus princípios basilares. Distinguindo-se assim, as provas legítimas à formação da convicção do Juízo, das provas ilícitas e "ilegítimas", tendo em vista sua contaminação por determinado elemento alheio ao processo ou pela atuação direta do julgador na produção probatória.

III.2. Direito e restrições à prova

Ao tratar do tema da admissibilidade da prova, é preciso estar atento ao fato de que sua condição de validade está diretamente correlacionada com suas restrições. Nesse sentido, a máxima restrição presente no ordenamento brasileiro é a de que não existe qualquer critério hierárquico entre as modalidades de provas e, portanto, é vedada sua configuração enquanto valor previamente tarifado.

Isto posto, toda e qualquer restrição a determinado meio de prova, deve fundamentar-se à proteção de valores reconhecidos e positivados na ordem jurídica constitucional. Conforme exposto no item anterior, essas limitações são possíveis tanto nos meios de obtenção de prova, quanto nos meios de prova.

A partir disso, cabe pontuar e definir as provas ilegais. Para Ada Pellegrini, este grupo se divide em duas classificações: a prova ilícita e a prova ilegítima.³⁶

Assim sendo, define-se o conceito de prova ilícita de acordo com o exposto no artigo 5º da Constituição Federal, expresso no inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Isto é, a ilicitude da prova é definida por aquelas que, durante o processo de obtenção, violam normas de direito material ou quaisquer garantias

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2007. Pág. 225.

constitucionais. Caracteriza-se, portanto, como uma prática antijurídica, pois esta mesma infringe as prerrogativas básicas do processo penal. Ao tratar de meios de obtenção de prova, especificamente, a infração se faz ainda mais escancarada e recorrente, como é o caso da invasão de domicílio (artigo 5º, XI, CF) e dos grampos telefônicos ilegais (artigo 5º, XII, CF), por exemplo.

Contudo, embora o texto constitucional apresente as provas ilícitas como inadmissíveis, não havia orientação específica ou norma que regulamentasse as situações nas quais a prova ilícita já se encontra juntada nos autos. De tal forma, apesar da repreensão, por muito tempo essa continuou a ser utilizada nos tribunais para embasar a decisão judicial. Somente com a homologação da Lei 11.690/2008, que trata da reforma do Código de Processo Penal, é que se estabelece uma sanção processual que define a obrigatoriedade da retirada da prova ilícita do processo.

Ademais, o uso de meios ilícitos para a colheita da prova, constitui também, na maioria dos casos, conduta tipificada como crime prevista no Código Penal Brasileiro. Assim, reforça-se o avanço da reforma da regulamentação processual, uma vez que se faz, no mínimo ilógico e, definitivamente, incoerente que o Juízo faça uso de provas oriundas de práticas ilegais na fundamentação de sua sentença.

A prova ilegítima, por sua vez, é compreendida como aquela que resulta de uma violação a alguma norma processual, ou seja, que, no processo de obtenção de determinada prova, o rito processual não foi respeitado, constituindo, de tal maneira, uma ausência de garantia de legalidade. Uma vez que há o entendimento no âmbito processual penal de que a forma é, indubitavelmente, o que assegura a todo o processo a legalidade e legitimidade. Por conseguinte, em casos de violação da norma processual, há resultado imediato de nulidade da prova em questão.

Por fim, faz-se interessante destacar as diferenças previstas para estas duas espécies de prova. Enquanto para a prova produzida ilegitimamente existe a previsão de que esta pode ser repetida com o intuito de se adequar e honrar o rito processual, no caso de provas ilícitas esse retorno não é permitido, inclusive é expressamente vedado, por conta de um entendimento de

que estas sequer constituem provas e devem ser retiradas do processo. Assim sendo, a nulidade da primeira espécie pode ser removida, mas, ao tratar de ilicitude, a prática perde o status de prova e há o efeito de inexistência jurídica.

Cabe, portanto, diferenciar a prova penal em sua subcategoria de prova testemunhal, com o objetivo de qualificá-la como: ilegítima, ilícita ou lícita.

III.2.1. Prova Testemunhal

Nesse condão, prossegue-se ao estudo do instituto da prova testemunhal. Inicialmente, cabe destacar que esse tipo de prova, decorre, em regra, de depoimentos prestados por algum indivíduo que, alheio aos fatos, testemunhou sua ocorrência. Essa distância necessária entre o indivíduo e o ocorrido, por conseguinte, é o fator que determinará o rótulo desta pessoa em testemunha ou informante, visto que sua aproximação, seja física ou psicológica, ao acontecido pode contaminar sua declaração e assim, inviabilizar sua credibilidade.

No curso do processo, a reprodução desse conhecimento exposto pela testemunha, deverá ser contraposto com diversas situações da realidade do ocorrido que, poderão afetar sua veracidade, haja vista que no plano do consciente ou inconsciente individual, a maneira como ocorreu o fato, a gravidade do delito, os motivos morais ou intrínsecos ao depoente, poderão influir no discernimento da testemunha.

Isto posto, percebe-se que a prova testemunhal depende, como condição de sua existência, de um sujeito espectador e detentor do conhecimento dos fatos. Sendo assim, as condições humanas de vulnerabilidade e falibilidade desse indivíduo não podem desentranhar-se de sua fragilidade enquanto modelo probatório.

Dentre as diversas provas elencadas no código de processo penal, a prova testemunhal é, talvez, a mais utilizada no ordenamento brasileiro. Aury Lopes Jr. destaca que, embora seu alto grau de fragilidade e pouca credibilidade, em razão das restrições técnicas e

orçamentárias que a polícia judiciária possui, a prova testemunhal termina por ser o principal meio de prova apresentado por este grupo social.³⁷

Sendo assim, de forma a não se opor aos preceitos de validade probatória, os cuidados analíticos desse tipo de prova são extremamente necessários. Considera-se, por exemplo, que a prova testemunhal tem como base a oralidade e a imediatidade, ou seja, deve ser produzida perante o Juiz que a irá julgar e, portanto, conforme salienta o autor, não se pode considerar válida a simples ratificação em Juízo, das declarações prestadas no inquérito. Isto, também, devido ao princípio apresentado anteriormente, como exposto, há obrigatoriedade de que todas as provas sejam expostas ao contraditório para aferir legitimidade.

De acordo com o Habeas Corpus de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, "*o depoimento do testemunho ingressa nos autos, de maneira oral, de acordo com a própria dicção do Processo Penal*":

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

Deste dispositivo, obtêm-se duas orientações, a primeira, conforme dita acima está ligada a necessidade do relato ser feito oralmente - não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito ao julgamento - tutelado, também, pelo disposto no artigo 204, CPP, a segunda, reporta ao filtro de fidedignidade ao qual o depoimento deve ser contraposto.

Tal filtro, todavia, relativiza-se pela peculiaridade de como a prova adentra os autos do processo, haja vista que, uma vez prestado o depoimento em sede policial, este é chancelado como judicial utilizando pela parte uma simples confirmação do anteriormente dito. Nesse sentido, conforme pensa Lopes Jr., “não há como se aferir credibilidade desta maneira. E,

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit. Pág 463.

mais, com a singela providência de ratificação, estar-se-á a enfraquecer a norma do art. 204”³⁸.

Expostos os postulados norteadores da prova testemunhal, cabe questionar, por conseguinte, quem são os indivíduos legitimados a serem testemunhas. Conforme disposto no artigo 202 do CPP, “toda pessoa poderá ser testemunha”, essa norma surge como rejeição às discriminações historicamente existentes ao longo da evolução processual penal. Sendo assim, não existem restrições previamente definidas ao depoimento dos policiais, podendo estes depor sobre os fatos que presenciaram ou sobre os fatos dos quais tiveram participação direta.

Não obstante, o julgador ao se utilizar dos referidos depoimentos das testemunhas policiais deverá imprimir enorme cautela em valoração, visto que os agentes estão naturalmente contaminados pela atuação desempenhada na repressão e apuração do fato. Nesse ínterim, a atividade desenvolvida, denota além de prejulgamentos conferidos ao fato reprimido, diversos fatores psicológicos intrínsecos à atuação desenvolvida pela autoridade policial. Por conseguinte, é evidente que seu envolvimento com a investigação preliminar, bem como com as prisões decorrentes dessa prática, geram a necessidade de autojustificação dos atos praticados, de forma a ocultar, também, eventuais abusos.

Não há, portanto, nenhuma restrição ou proibição expressa no ordenamento processual penal brasileiro que impeça policiais de serem testemunhas. Todavia, em consonância ao esclarecido acima, o julgador diante dessas testemunhas deve ter cuidado redobrado ao valorar seus depoimentos, nesse viés, destaca Lopes Jr., que “a restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento”³⁹.

Conforme exposto acima, não há nenhum tipo de vedação quanto ao policial prestar depoimento, mesmo em casos onde este mesmo fora o responsável pela prisão em flagrante, e é essencial ressaltar que este cenário é o mais recorrente. O Ministério Público opta, na imensa maioria da vezes, por arrolar os policiais já envolvidos com a elaboração do inquérito e com a própria operação de apreensão. A interpretação desta escolha é feita como um

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit. Pág. 469.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Ob. cit. Pág. 470.

mecanismo para, ao repetir o testemunho do agente em julgamento, legitimar o depoimento como prova oral da fase acusatória e, por conseguinte, driblar o disposto no já citado artigo 155, do CPP, que veda a condenação com base exclusiva em provas produzidas na fase do inquérito.

Por fim, apesar da manobra da acusação, é inegável que, ao se analisar em termos práticos, as condenações que tem como fundamentação única e exclusivamente o testemunho de policiais, são condenações que contam somente com os atos da fase pré-processual. Somase a isso, ainda, o fato de que estes testemunhos, não só são incompatíveis com o texto do referido Código, mas são de legitimidade e veracidade duvidosa, pois são inegavelmente contaminados uma vez que o agente testemunha sobre seu próprio ofício e sua atuação, de modo que há claro interesse pela condenação, extirpando a presunção de imparcialidade da prova oral e sua legitimidade enquanto instituto epistêmico.

De tal maneira, seguindo a linearidade lógica do presente trabalho, passa-se ao estudo das formas e teorias que embasam o método histórico de valoração das provas.

III.3. Valoração da prova

O presente tópico terá como método a análise do surgimento dos sistemas de valoração da prova e suas conformidades constitucionais, identificando seus resquícios principiológico-normativos nos sistemas jurídicos contemporâneos.

O nascimento do sistema acusatório, se é sequer possível pontuar assertivamente um momento específico, tem como princípio basilar a distribuição da gestão probatória entre as partes. Tal fenômeno processual é responsável por permitir que o Juízo tenha atuação passiva e, respeitando as normas ritualísticas, possa elaborar um convencimento que assegure o contraditório e, em decorrência, seja justo.

Contudo, o Processo Penal ainda é estruturalmente construído sob a égide do modelo inquisitorial, o que desencadeia, a exemplo, que em alguns cenários previstos no ordenamento, o magistrado possa gerir as provas e, também, atuar da fase pré-processual, bem

como na fase processual. Tais recursos legais que facultam ao juiz a possibilidade de atuação ativa no processo, são, indiscutivelmente, uma ameaça à imparcialidade necessária e desejada no Processo Penal que busca a contenção do poder punitivo através da separação nítida entre acusação e Juízo.

Desta forma, para compreender o que é a valoração da prova, em contramão do que se faz costumeiro, não há, no estudo histórico, o mesmo caráter indispensável para a compreensão do objeto. Contudo, em alguns momentos, esse estudo se faz útil para descobrir, fundamentalmente, os erros que a doutrina comete na aplicação de certos conceitos. Sem embargo, ao observar tal historicidade, obtêm-se diversos esclarecimentos acerca do porquê das defeituosas motivações atuais e, eventualmente, serve para descartar ainda, algumas classificações doutrinárias que foram utilizadas nos sistemas de valoração da prova e seguem sendo utilizadas.⁴⁰

III.3.1. Sistema de valoração - *prima facie*

Até o momento, não existem documentos históricos comprobatórios da existência de uma reflexão jurídica sobre a valoração da prova em tempos muito remotos. De toda forma, é certo que, em algum momento, começaram a haver processos litigiosos que, em razão de um respeito pela opinião de um terceiro, o evocavam para resolver esse litígio.

Não adentrando a materialidade ou mérito do conflito, esse terceiro surge com a figura que *a priori* não se põe ao lado de nenhuma das partes e nos dá uma solução, ao menos aparente, imparcial. Assim, teria nascido, naturalmente a trancos e barrancos, os processos judiciais e com eles o indispensável princípio da imparcialidade do julgador.

A margem do que foi dito, o que nos interessa é determinar como esse terceiro deveria valorar a prova. Nesse sentido, é lógico imaginar que, não havendo nenhuma norma escrita ou oral, o julgador não teria outro remédio que falhar utilizando simplesmente sua razão pessoal, é dizer, seu leal saber e entendimento, atribuindo credibilidade a quem mais lhe convencesse por meio de seus argumentos e meios de provas apresentadas.

⁴⁰ FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoración de la Prueba**. Barcelona. Ed. Marcial Pons. 2010.

Portanto, por pura lógica e falta de qualquer outra possibilidade alternativa, o primeiro sistema de valoração da prova teve que ser com absoluta segurança, o livre.

III.3.2. Ordálias ou juízos de Deus

Sem a pretensão de esgotar o tema em relação aos chamados Juízos de Deus, cabe destacar uma breve exposição do que foram as Ordálias e de que forma se constituíram.

De plano, é necessário pontuar que trata-se de um sistema de resolução de conflitos, o qual, apesar de com frequência muitos afirmarem, não é, em absoluto, nem um meio de prova, nem um sistema de valoração de prova. Posto que não existe intenção alguma de percepção por parte de um juiz dos resultados da ação probatória, haja vista que não existe atividade probatória. Nesse referido sistema o que decide é o azar, a exemplo da decisão pela destreza física nos duelos, que são, nada mais, que outra forma de ordália ou as chamadas *provas de fogo* descritas na obra de *Beccaria*.

O estudo da origem etimológica da palavra Ordália, é, também, interessante para a obter uma significação mais completa. O termo é descendente do germânico, mais especificamente da palavra “Urteil”, que pode ser traduzido como juízo ou sentença, cujo verbo originário é o “erteilen”, este significa conceder ou outorgar. A partir disso, é possível estabelecer uma relação de conexão com outras palavras e terminologias adotadas por diversas línguas na época que, também tratavam da capacidade de decidir ou homologar algo, conforme expõe Jordi Nieva Fenoll.⁴¹ Portanto, apesar de sua tradução muito simples, para algo que, ao fim, quer dizer juízo, o termo em alemão “Gottesurteil” - juízo de deus, sendo literal - se consagrou ao dar nome para o modelo. Denota-se, assim, todo um aspecto antiquado ao sistema e, ainda assim, não é de forma alguma equivocado afirmar que muitas sociedades modernas da contemporaneidade permanecem com as ordálias como sistema vigente.⁴²

⁴¹ FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoración de la Prueba**. Barcelona. Ed. Marcial Pons. 2010. Pág. 42.

⁴² O autor Jordi Nieva Fenoll em seu livro, Ob. cit. pág. 43, descreve uma reportagem emitida pela Televisão Espanhola nos anos 90 do séc. XX, na qual apareceram umas imagens de uma ordália na qual varias mulheres egípcias acusadas de adultério deviam lambe três vezes uma colher incandescente.

Ao decorrer do trabalho, será detalhado o sistema de produção e valoração das provas no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de demarcar a evolução histórica dos elementos do Processo Penal.

III.3.3. Sistema de prova legal: As primeiras normas de prova legal

Em um panorama dominado pela valoração livre da prova, que corria o risco de cair na discricionariedade judicial mais absoluta, somado com a presença das ordálias, não é de se estranhar que os legisladores fizeram esforços e sucessivas tentativas para controlar a arbitrariedade fruto desse sistema.

Isso se faz especialmente perceptível no Código de Hammurabi, onde se formularam, em modo arcaico, a maioria das normas de prova legal que vieram depois, incluindo algumas das presentes atualmente. Existe interesse especial em referir-se a todas elas porque são o primeiro testemunho escrito quase completo de um sistema em sua juventude.

Nesse código, identificam-se três tipos de normas legais que eram dotadas de valor para que pudesse ser considerado determinado fato como provado, a primeira tratava da presença de uma testemunha como prova em determinado litígio, permitindo em caso de não serem localizáveis as testemunhas, um prazo de 6 meses para a parte encontrá-los. (§10, §11 e §13)

A segunda norma legal trata do uso de algum documento como prova, a exemplo do direito de herança comprovado por testamento, e no parágrafo sétimo do referido código combinavam as duas exigências anteriores, uma prova documental que pudesse ser corroborada por uma testemunha.

Nesse cenário, surge o sistema da prova legal ou tarifada, ainda que em sua forma primitiva. Denota-se como primordial que esses preceitos tenham, identificado, exatamente, as primeiras normas de prova legal do mundo conhecido. Sendo assim, seu valor, de extrema relevância, se concretiza em duas questões a serem exploradas.

Em primeiro lugar, percebemos que as normas transcritas não apresentam o menor resíduo de um esquema parecido com o juízo de deus anteriormente tratado. Em segundo lugar, as normas que declaram valor taxado do documento, podem ser consideradas autênticas normas de prova legal em sentido completo, porque parecem não dar alternativas ao juiz quanto a valoração do escrito. Todavia, as provas que exigem a presença de testemunhas estão no meio do caminho entre o sistema de valoração livre e o legal, porque ao mesmo tempo em que recorrem à obrigação de apresentar os testemunhos, na realidade, os testemunhos uma vez apresentados, são de valoração livre.

III.3.3.1. Livre valoração da prova

Sem a ambição de exaurir o tema acerca da história da valoração da prova, é necessária uma breve exposição dos modelos de avaliação probatória que precedem o modelo de prova legal. Conforme dito no capítulo sobre o sistema processual penal, o modelo processual inquisitório, que consolidou a prova tarifada trazida pelo *Código de Hammurabi*, manteve-se por volta do início do século XII e finais do século XVIII. Sendo assim, com o surgimento da Revolução Francesa e dos princípios jurídicos Liberais, tem-se um movimento ideológico contra esse modelo e assim, retoma-se o sistema penal acusatório.

A prova tarifada, por conseguinte, por ser reiteradamente utilizada, torna-se objeto de contestação por juristas de toda a Europa, haja vista que seu uso reduzira o trabalho do julgador à mero reproduzidor das normas legais e a resolver litígios sistematicamente à comptos dos números de testemunhas. Suprimindo não só a livre valoração do juiz, como a própria valoração da prova.

Nesse ínterim, os constantes atos discricionários dos juízes europeus viabilizaram o crescimento de um movimento filosófico liderado por juristas e filósofos como *Beccaria*, *Bentham*, *Blackstone*, *Rousseau*, *Locke*, dentre outros, que reivindicavam uma postura ética do julgador e a elaboração de postulados, ainda que não normativos, que direcionassem a decisão jurisdicional. A ideia, em realidade, era o resultado de um sentir geral de uns quantos juristas do séc. XVIII que já se propagava há um tempo. Existia um grande descontentamento

quanto a valoração probatória do juiz, em razão da aplicação excessivamente estrita e absurda das normas de prova legal.

Desta forma, surgiu a cavalo entre Itália e Inglaterra uma espécie de movimento contra o sistema de valoração da prova. Beccaria, em 1764, reclama o valor do "buon senso" enquanto na Inglaterra propagava-se esta ideia, quase ao mesmo tempo. Locke expandindo suas ideias políticas na Ilustração francesa e uma oculta influência na obra de 1765 de William Blackstone em matéria jurídica geral comporão a base do sistema francês da íntima convicção, auxiliados por Jeremy Bentham particularmente em matéria probatória.

III.3.3.2. Íntima Convicção

A partir do conceito apresentado anteriormente da prova tarifada, com o intuito de superar seu caráter inquisitorial, tem origem a noção de um sistema de íntima convicção. Tal método de valoração probatória aparece, pela primeira vez no início do século XVII na França. Em contraposição à prova tarifada, o modelo de íntima convicção - também conhecido por "certeza moral" - conta com o pressuposto de que o julgador é, antes de tudo, indivíduo racional, com certezas basilares construídas ao longo do exercício de sua função e dotado de uma concepção justa do que seria o Processo Penal, motivo pelo qual este não deve, nem pode, motivar suas decisões com atribuições de valores próprios aos elementos processuais, tais como as provas.

A ideia da *intime conviction* francesa foi reproduzida por todas as leis posteriores, trocando em ocasiões a terminologia por "conviction personnelle" e "intime et profonde conviction". Basicamente, se explica que a *intime conviction* significa a liberdade total do indivíduo que julga no momento de apreciar a prova, sem motivação, mas inserida na "sinceridade de sua consciência" e, objetivando que não cometesse as mesmas arbitrariedades que vinham sendo cometidas.

De tal forma, é necessário pontuar que, ao mesmo passo em que a substituição de modelo de prova tarifada para o sistema de livre convicção tem como objetivo a ruptura com o aspecto inquisitorial e o deslocamento do poder das mãos do Legislativo, tudo isto cai por

terra após a sua implementação. Enquanto a livre convicção é pautada pela plena discricionariedade do Juízo, fato que deveria, em tese, aumentar a força do Poder Judiciário de maneira geral, para a obtenção da verdade jurídica, novos vícios processuais são praticados pelo magistrado. Tendo como prerrogativa a reconstrução dos fatos, o julgador passa a usar recursos como provas obtidas de modo ilegítimo, proferir sentenças de cunho político, uma vez que está sob o respaldo da íntima convicção. Portanto, apesar de não ser responsável pela tarifação, o caráter déspota do juiz continua presente.

A partir da percepção de que o modelo de íntima convicção abre margem para uma atuação judicial pouco fundamentada e autoritária, surge a necessidade de buscar um sistema que delimite de maneira mais taxativa as liberdades do julgador e, principalmente que conte com a obrigatoriedade de justificativa racional das decisões, como será apresentado a seguir.

III.3.3.3. Livre convencimento motivado: persuasão racional

O sistema do livre convencimento motivado, figura como um intermediário aos dois modelos citados, visto que as provas não são recebidas com valor previamente determinado, como no sistema tarifado e, tampouco há a ilimitabilidade dos poderes valorativos presentes na íntima convicção. Desta forma, a motivação das decisões é um importante princípio para sustentar a eficácia do controle do contraditório, e assim, concretizar a existência de prova suficiente à quebra da presunção de inocência.

No que diz respeito ao controle do contraditório, a fundamentação judicial, embora dotada de liberdade para o seu convencimento no que tange a escolha determinada prova, subentende, portanto, a exposição do juiz das razões que o direcionaram a optar por tal prova, para que as partes possam confrontar a decisão baseando-se em seus argumentos.

Cabe destacar que tal regra de julgamento, todavia, não se estende ao Tribunal do Júri brasileiro, haja vista que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem suas decisões. Assim, prevalece o princípio da íntima convicção, pois a supremacia do poder de decisão dos jurados permite que sustentem seus votos sem qualquer critério probatório com fatores

estranhos à relação processual, oriundos da cultura e sociedade local e, até mesmo decidam contra o estabelecido na prova.

Conforme apontado no início do presente trabalho, o caráter dialético do processo acusatório é o que afere e garante a liberdade do julgador em valorar os meios de prova. Uma vez que a gestão das provas é de incumbência das partes, cada meio de prova passa a ter um valor relativo que é condicionado ao fato exposto e à reconstrução da narrativa, de forma tal que a tarifação se faz extinta e a convicção judicial é o parâmetro para as decisões. Contudo, esta liberdade de interpretação atribuída ao juiz necessita também, de algum fator que estipule seus limites. É com esse intuito de exercer mínimo controle que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 sobre a exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais. Consagra-se, então a noção de que a motivação deve ser justificada e esta se qualifica como elemento primordial do modelo de livre convicção.

É interessante, enfim, demarcar que se anteriormente, com o uso da tarifação sobre os meios de prova, predominava o conceito cunhado como *decisionismo judicial*, tal característica é, em tese, extinta do rito processual, após a delimitação de que a gestão de provas compete às partes, pois conforme explicado no trecho referente ao sistema acusatório ainda se fazem presentes artigos decorrentes do Código de Processo Penal de 1941 que permitem ao julgador evocar a gestão probatória.

Rubens Casara, em sua obra *Mitologia Processual Penal*⁴³, apresenta uma crítica ao modelo de livre convencimento. Para o autor, que se referencia muito na psicanálise, o livre convencimento motivado é um mito. Tendo em vista que o conceito é de extrema complexidade, faz-se aqui uma tentativa de síntese da definição apresentada pelo jurista. O aspecto mitológico do modelo deve-se pelo fato de que este se fia no ideal de tradição, ao defender que o julgador conta com máximas de experiência, e no inconsciente do mesmo quando valorando a prova, caracterizando, de tal maneira um "enunciado do impossível"⁴⁴.

⁴³ CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015.

⁴⁴ LACAN, Jacques. **O avesso da psicanálise**. Rio de Janeiro. Zahar. 1992.

A principal crítica ao conceito apresentado de livre convencimento motivado é, portanto, que ao estabelecer como parâmetro elementos não discursivos que recaem, se possível afirmar, sobre o campo metafísico, o modelo falha em desconsiderar a subjetividade deste julgador. Todavia, é inegável que tal modelo teve seu papel de importância e marcou um rompimento histórico em prol de um sistema mais democrático.

III.3.3.4. Standards Probatórios

A prova penal tratada no tópico anterior, é um tema de extrema importância, visto que cotidianamente o jurista é colocado em situação de ter que provar determinado fato ou autoria. Para isso, utiliza-se das diversas formas de prova, delimitando suas condições de validade e aplicação, objetivando chegar, ainda que em tese seja impossível, a uma "verdade".

Assim sendo, faz-se a análise das provas sob dois espectros. O primeiro pauta-se nas questões de fato e de direito: sob um prisma científico, que conjuga uma noção lógica e jurídica, chega-se a uma noção de verdade verificável, classificada pela doutrina como concepção clássica ou moderna. Já o segundo advém das concepções da idade média, fruto de uma questão problemática argumentativa que abre espaço à persuasão, buscando uma verdade provável, judicial ou instrumental.

Conforme Taruffo apresenta em sua obra:

“O verdadeiro problema, por conseguinte, é determinar como o ‘espaço vazio’ criado pelos princípios de livre apreciação é ‘preenchido’ pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos do direito⁴⁵”.

Nessa busca, a superação do conceito moderno de prova implica no abandono do conceito de prova legal, substituindo esse pelo modelo de livre convencimento motivado ou persuasão racional. Nesse sistema há uma maior liberdade de valoração probatória conferida ao julgador, diferentemente do instituído no sistema de prova legal. Contudo, ainda assim, delimita-se a necessidade de fundamentação das decisões pelo julgador de forma a não regredir ao sistema da íntima convicção.

⁴⁵TARUFFO, Michele. **Rethinking the standards of proof**. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003. Pág. 666.

Desta forma, a proximidade entre os sistemas da persuasão racional e o da íntima convicção faz com que estes sejam frequentemente confundidos, haja vista que os limites para a consideração do grau de suficiência da fundamentação do julgador não são manifestamente esclarecidos pela prática judicial e pela doutrina. Isto posto, irrefutável é a necessidade da delimitação da motivação da decisão judicial, contudo não existem regras claras de como isso deve ser feito.

Não obstante, nos países da *common law* este papel é cumprido pelo que se denomina como *standards of proof*. O conceito de standard probatório é definido por enunciados teóricos que conferem regras capazes de ensejar o controle das decisões, estabelecendo um grau mínimo de prova para considerar determinado fato como provado. Esse modelo possui como objetivo permitir o controle sobre o raciocínio judicial em relação aos fatos e às provas.

Outrossim, no sistema norte americano temos o standard probatório que traz o conceito conhecido por "*beyond any reasonable doubt*", que já era aplicado desde o séc. XVIII durante o modelo da livre convicção. Em 1970 ganha *status* constitucional pela Suprema Corte na decisão do caso *In re Winship*.⁴⁶

Em teoria, o sistema de standard probatório somente é taxativamente considerado nos países da *common law*. Em contraposição, os países que adotam o regime do *civil law*, possuem diretrizes probatórias que - todavia não podem ser consideradas de mesmo patamar do standard, conforme sua epistemologia - definem algumas regras que ditam limites específicos e direcionamentos indispensáveis às decisões judiciais.

Dessa forma, faz-se necessário adentrar o disposto sobre o objeto de estudo, analisando a forma como foi instituído e contrapô-las com as garantias constitucionais delimitadas pelos princípios de validade da prova penal juntamente com o *standard* probatório suficiente à superação do princípio de presunção de inocência.

⁴⁶ Estados Unidos. 397 U.S. 358 (1970).

IV. O SURGIMENTO DAS SÚMULAS E O HISTÓRICO DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como mencionado acima, no mundo contemporâneo, os sistemas jurídicos dividem-se majoritariamente em dois modelos: *civil law*, de tradição romano-germânica e *common law* de origem anglo-americana. O primeiro sistema preza pela fonte jurídica utilizada nas decisões judiciais pautada na legislação escrita e, portanto, nos preceitos constitucionais positivados. Em contraponto, o segundo, preza pela utilização dos costumes e jurisprudências anteriormente "pacificadas" para uniformização das decisões.

O Brasil, por sua vez, adota o sistema da *civil law*, possuindo como fonte primordial a Constituição Republicana Federativa de 1988. Entretanto, o estudo da evolução histórico-jurídica brasileira, demonstra que há influência do segundo sistema em diversos aspectos do seu ordenamento, principalmente, no que tange a adesão dos Tribunais às matérias decorrentes da unificação das jurisprudências, e que se encontra cada vez mais presente.

Diversos doutrinadores afirmam que o primeiro registro de uniformização jurisprudencial nos Tribunais brasileiros, data do período colonial, que em razão da divisão do território nacional em capitanias hereditárias detentoras de jurisdições próprias, produziam jurisprudências assimétricas. Dessa forma, os portugueses instituíram os *Assentos Portugueses*⁴⁷, responsáveis por uniformizar a jurisprudência pátria, integrando as interpretações utilizadas nas leis portuguesas ao ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, cabe adentrar minimamente no próprio Direito Português. Uma vez que, a instituição dos *assentos* foi responsável pelo pontapé inicial na classificação definitiva das jurisprudências unificadas em *status* de fonte formal do ordenamento brasileiro, recepcionadas pelo Tribunal Federal Imperial.

⁴⁷ Conforme aborda Rodolfo Mancuso:

"aí tiveram origem os assentos obrigatórios, que potencializando a eficácia da jurisprudência, permitiram sua elevação à condição de fonte formal ou forma de expressão do Direito, na medida em que tais enunciados se expressavam em modo abstrato, geral e impositivo, apresentando, pois, características próprias das normas legais. Em segundo lugar, esses assentos aportaram no Brasil Colônia e aqui frutificaram, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império." (MANCUSO, 2007, p.153)

Destarte, a importância dos referidos enunciados perpetuou-se na evolução do Direito pátrio, influenciando, inclusive, na promulgação do Código de Processo Civil de 1973. A partir disso, é imprescindível destacar que no código há explícita vedação às súmulas de caráter vinculante - as quais serão melhor explicadas ao decorrer do capítulo - contudo, permite a instituição de súmulas que efetivem a uniformização de jurisprudências dos Tribunais, conforme disposto no artigo 479 do regulamento supracitado.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 confere ao Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional e ao Supremo Tribunal Federal, por sua vez, incumbe à tarefa de unificar as jurisprudências que versam sobre matérias constitucionais.

Dessa forma, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma metodologia e, conseqüentemente, regulamentação para a implementação de súmulas advindas de um grande processo histórico. O objetivo do próximo tópico, é, portanto, esmiuçar a forma através da qual a aprovação destes enunciados é feita, seus critérios e pré-requisitos, para, ao fim, obter uma análise mais completa de todo o processo jurídico, desde sua criação até o uso aplicado nos tribunais.

IV.1. Regimento interno do TJRJ referente à edição de súmulas

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, diferentemente dos outros entes federativos brasileiros, prevê, em seu regimento interno, duas possibilidades para aprovação de súmulas.

A primeira delas reputa-se ao previsto no artigo 479 do Código de Processo Civil, que trata do incidente de uniformização de jurisprudência e é tutelada pelo artigo 121 do regimento. Na íntegra:

"Art.121 - Serão incluídas na Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal, por ordem cronológica, as ementas dos acórdãos que, nos incidentes de

uniformização de jurisprudência e de divergência, corresponderem a interpretações vencedoras pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial;

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

A segunda hipótese, prevista no artigo 122, realiza-se pelo pedido do desembargador diretor do Centro de Estudos e Debates (CEDES) ao Órgão Especial solicitando a aprovação da escolha dos enunciados pelo colegiado. Em sessão de julgamento, os desembargadores devem decidir por maioria em aprovar ou rejeitar uma série de enunciados previamente selecionados.

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

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

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

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

Cabe ressaltar que, no que tange a composição do colegiado em sessão do Órgão, é função prevista ao Desembargador, a promoção ou remoção dos Juizes. Dentre os critérios elaborados para o processo de análise dos membros está a qualidade das sentenças. Desse modo, há uma presunção possível de que o conteúdo das justificativas legais para a aprovação dos enunciados deveria ser de suma importância.

No que diz respeito à regulamentação, em termos explícitos, do processo de aprovação de caráter mais técnico, o regimento é categórico nas condições de votação, por assim dizer. Contudo, é inegável que há falhas quanto ao conteúdo. A ausência de delimitação acerca da maneira que o teor deve ser exposto e quais os pré-requisitos básicos necessários aos textos apresentados, abre margem para eventuais súmulas de interpretação prática questionável.

O verbete contido nos enunciados é de indispensável destaque. Este é, em última instância, a orientação final do juiz no tribunal. Nesse ínterim, denota-se a necessidade, de uma reformulação urgente do processo de seleção e redação das súmulas.

A súmula que origina o presente trabalho serve de exemplo ao que foi previamente pontuado, como será apresentado ao decorrer desta obra. Seu verbete é um texto sintético que pouco, ou quase nada, consegue esclarecer e fundamentar o próprio conteúdo. Por conseguinte, menos ainda este se faz capaz de justificar a razão pela qual o Juízo deveria aderir àquela jurisprudência.

IV.1.2. Súmula vinculante e súmula de jurisprudência predominante

A partir do exposto, vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas espécies de súmulas.

A primeira delas é denominada súmula de jurisprudência predominante, responsável por expor a interpretação majoritária sobre determinada jurisprudência. Sendo assim, tal dispositivo refere-se a cada tribunal em específico, ou seja, tem influência restrita naquele onde foi outorgada.

Em contrapartida, a segunda espécie refere-se às súmulas vinculantes que se caracterizam por verbetes cuja edição é de competência de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Além disso, conforme sugere o nome, possuem caráter vinculante, portanto, são de aplicação obrigatória para todas as decisões judiciais.

O instituto da súmula vinculante surge somente com a edição da Emenda Constitucional 45 de 2004 e vale lembrar que tal força é de efeito *erga omnes*, de tal forma, vincula não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também, a Administração Pública. Pode-se observar disposto nos termos do artigo 103-A:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa

oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

Ao observar, primordialmente, o exposto no parágrafo 2º, denota-se que a possibilidade de editar, revisar ou cancelar qualquer súmula é atribuída aos mesmos com legitimidade e competência para interpor ações diretas de inconstitucionalidade. Sendo assim, cabe especificar quais os requisitos para a edição de súmula.

De acordo com a Magna Carta de 1988, o primeiro deles é a presença de controvérsia em matéria de direito constitucional. Portanto, há um caráter dicotômico, pois ao mesmo passo em que a suspeita de inconstitucionalidade de determinado enunciado deveria ser suficiente para abrir a opção de revisão do mesmo, o requisito também se qualifica como ponto de partida para a criação de um enunciado. A súmula vinculante ganha a função de sanar uma controvérsia constitucional, bem como deve, obrigatoriamente, respeitar seu conteúdo.

Por sua vez, o segundo tópico é a controvérsia entre a Administração Pública ou entre órgãos judiciários. Desse modo, o conteúdo do enunciado não deve provocar atritos em relação às jurisdições já previamente determinadas dos entes institucionais, tampouco ferir a hierarquia destes e, além disso, é responsável pela solução de eventuais conflitos observados no funcionamento da máquina estatal como um todo.

O requisito de número três é, todavia, o de maior relevância ao presente trabalho, pois trata da unificação da jurisprudência, de forma a se relacionar mais expressamente com o tema. Este é categorizado como o caso de edição de súmulas devido à existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre determinado assunto jurídico, ou seja, é neste

tipo de enunciado que há a materialização efetiva de um padrão de sentenças. Assim sendo, faz-se necessário ressaltar que este é o único requisito cuja edição é oriunda impreterivelmente da prática e de uma postura que fora repetida e, somente a partir disso, torna-se texto normativo.

Ademais, é válido pontuar que o dispositivo da Súmula – seja ela de força vinculante ou não – e, principalmente, as consequências de seu uso são motivo de divisão da opinião dos juristas.

No mundo jurídico, há quem faça a leitura de que a aplicação das súmulas tem caráter indispensável na relação entre a sociedade civil e o Estado. Uma vez que, ao atribuírem um entendimento único para determinado conflito, reforçam a noção de segurança jurídica, pois estariam pondo fim à possibilidade de interpretações distintas a alguma matéria do direito, devido, única e exclusivamente às divergências de pensamento dos juízes.

Todavia, há, também, a análise de que tal unificação de decisões é responsável pelo engessamento do Poder Judiciário. Argumenta-se que, ao predefinir as decisões judiciais, o dispositivo seria uma forma de redução do aspecto hermenêutico do ordenamento jurídico.

Tal visão mais negativa a respeito do uso das súmulas ainda pode ser aprofundada de maneira mais crítica. Ao estabelecer que, além da diminuição da possibilidade interpretativa, em tese, concedida ao Juiz, a adesão obrigatória a algumas súmulas origina uma espécie de ameaça à sua liberdade de decisão. De forma tal, haveria uma padronização da utilização do dispositivo mais por hábito do que pela real análise concreta da individualidade de cada caso.

Por conseguinte, no que diz respeito a um propenso “uso compulsório” do mecanismo processual, de forma tal que haveria uma repetição sistêmica e automática nas decisões, é imprescindível atentar para um possível caráter normativo que as Súmulas, de maneira geral, teriam ganhado após sua aplicação. Considera-se, portanto, em que medida, estas não estariam classificadas pela edição de normas e, nesta perspectiva, feririam o preceito básico do Princípio da Separação dos Poderes, ao atribuir ao Judiciário uma tarefa de Legislador.

Por último, é interessante demarcar que, conforme tangenciado anteriormente, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, especificamente, a qualidade das sentenças aparece como critério essencial a ser analisado pelos Desembargadores para decisão de promover ou remover os juízes no já citado Órgão Especial. De tal forma, apesar do aspecto valorativo e relativo dado ao termo “qualidade das sentenças”, cabe apresentar esta informação como ferramenta para a construção da análise do objeto central do estudo: a Súmula 70.

IV.1.3. Nascimento da Súmula 70 do TJRJ

Conforme dito anteriormente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permite a incorporação de súmulas ao seu ordenamento por meio do processo de uniformização de jurisprudências ou pelo pedido formulado pelo Diretor do Centro de Estudos e Debates (CEDES).

Especificamente, a Súmula 70, objeto de estudo do presente trabalho, traz o seguinte verbete: *"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação"*. Para obter uma análise precisa e eficiente da aplicação dessa súmula nos tribunais cariocas, é indispensável atentar para a sua criação.

Nesse sentido, ressalta-se que o texto sumulado resulta do 1º encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis nos dias 24 a 26 de agosto de 2001. Em tal ocasião, foram discutidos e aprovados diversos enunciados, dentre eles o enunciado criminal de número 02 (dois), que dispõe exato mesmo texto do verbete outrora apresentado.

Após a edição e aprovação dos enunciados, o desembargador diretor responsável pelo CEDES apresenta ao Órgão Especial pedido de inclusão dos verbetes na categoria de Súmulas de Jurisprudência Predominante. Vale destacar, que a justificativa jurídica para a homologação se pautou na "garantia da celeridade processual".

O acórdão que admitiu a referida súmula merece reflexão, não só por sua justificativa utilitarista em detrimento de uma garantia constitucional, mas também pela fragilidade da informação apresentada, haja vista que, devido a utilização desse procedimento exótico de criação sumular - pertencente exclusivamente ao ordenamento carioca - não há um caso concreto ou argumentos escritos que demonstrem os motivos que levaram os desembargadores neste encontro a aprovarem o verbete em discussão.

Ante a ausência de fatos que legitimem a criação dessa súmula e após esclarecida - nos tópicos anteriores - a temática de validade da prova testemunhal, os capítulos que prosseguirão nesta obra terão como enfoque analisar os meios de obtenção de prova decorrentes dos depoimentos policiais, em contraponto com a legitimidade constitucional de sua conversão em Juízo como meio de prova oral.

Nesta perspectiva, busca-se ponderar até que ponto a utilização dos referidos elementos informativos na formação da convicção judicial não ferem o disposto no, já citado, artigo 155 do CPP e contradizem os preceitos constitucionais de vedação à prova tarifada.

IV.2. Súmula 70 como microssistema de prova tarifada

Diante deste panorama, cabe retomar um argumento anteriormente dito. A referida súmula 70 traz em seu texto "*restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação*", os depoimentos dos policiais, ainda que expostos ao contraditório, merecem um questionamento acerca de sua transformabilidade em prova oral. Isto porque, para que o meio de obtenção de prova, no caso a ação policial, possa adquirir *status* probatório pleno e assim tornar-se instrumento hábil à "livre" valoração do Juízo para a formação de sua convicção, e por conseguinte, suficiente à superar a garantia da presunção de inocência, não basta o mero depoimento policial.

Desta forma, condenar um indivíduo com base em elementos investigatórios, limitados aos discursos dos agentes policiais responsáveis por sua prisão, equivale-se à permitir condenar somente com a confissão da vítima nos crimes que o artigo 158 traz a necessidade de exame de corpo de delito para corroborar a versão do ofendido. Essa questão,

embora pareça, de plano, absurda, faz-se necessária pois autorizar ao Judiciário transformar um meio de obtenção de prova em meio de prova, alheio às restrições legislativas, legitima ao Judiciário, a criação de um meio de prova tarifado pela presunção de legitimidade da Fé Pública.

O legislador é claro ao vedar no ordenamento jurídico brasileiro a existência de provas tarifadas, conferindo ao juiz, como já dito, a tarefa de valorar livremente os meios de prova que lhes são apresentados, todavia vinculado ao dever de motivar suas decisões. Nesse sentido, nossa jurisprudência é pacífica em reconhecer que não há hierarquia entre as provas, a rigor todos os meios de prova podem ou não ter aptidão a demonstrar o que se foi afirmado.

Outrossim, o próprio ordenamento prevê suas exceções para algumas regras de especificidade, como no caso citado do artigo 158 do CPP, em que por tratar-se de um delito que deixa vestígios, o legislador atentou para a necessidade de confecção de prova técnica, a ser realizada em tempo razoável para não possibilitar a perda do objeto, por conseguinte, nesses delitos o exame de corpo de delito dentre outros documentos periciais, fazem-se primordiais à formação da convicção jurisdicional, não bastando o simples depoimento do ofendido.

Não obstante, é impreterível salientar que o argumento de que os testemunhos policiais gozariam de “fé pública”, característica esta que garante legitimidade e veracidade, pauta-se, essencialmente no fato de que estes exercem uma função em nome da Administração Pública. De tal forma, faz-se, ainda mais, pertinente a assertivo o questionamento quanto à imparcialidade do agente policial, uma vez que, como ocorre recorrentemente, o responsável pela apreensão em flagrante tem inegável interesse na condenação.

Antonio Pedro Melchior, em consonância com o já afirmado por Aury Lopes Jr. anteriormente, aponta em entrevista ao Justificando, as incoerências acerca da legitimidade da prova testemunhal de policiais. Para ele, ao depor, o agente policial nunca está em posição de isenção. Este teria interesse claro em defender a legalidade em si da sua atuação, uma vez que o assunto tratado é, em via de regra, seu próprio ofício. Conforme se observa no trecho:

“agentes policiais não podem ser considerados testemunhas, porque não são pessoas desinteressadas com o julgamento do mérito do processo”⁴⁸.

Dessa forma, ao colher este tipo de relato em Juízo seria indispensável considerar que não há um compromisso com a “verdade”. Há, portanto, a perspectiva de que o depoimento policial não se enquadraria como testemunho, mas como uma fonte de informação. A doutrina processual penal divide a prova oral e o depoente em duas categorias.

A primeira é a testemunha, cujo depoimento tem valor de prova e deve ser usado como tal na formação da decisão judicial. Em contrapartida, o segundo tipo se refere aos indivíduos que – por uma questão de proximidade com a vítima – não têm compromisso com a “verdade jurídica”, estes são classificados como informantes. Sendo assim, o testemunho destes não possui valor probatório, uma vez que são colhidos como simples relatos parciais sobre o fato.

Para Melchior, o depoimento policial deveria ser obrigatoriamente classificado pelo Juízo como de informante. Por conseguinte, não se qualificaria como prova testemunhal e, a partir disso, questiona-se integralmente a Súmula 70 do TJRJ. Caso não fosse atribuído o valor probatório no exemplo exposto, o próprio verbete do dispositivo estaria em contradição teórica, considerando que há não só a aceitação da prova, como a valoração desta acima de outras.

O que se observa como resultado prático da adesão do enunciado apresentado é, na absoluta maioria, a condenação do réu em casos onde o Juiz desconsidera a incompatibilidade e o confronto de versões do testemunho policial com os demais fatos apresentados e, com o suporte legal da aplicação da Súmula, estipula a prova oral como predominante ao estabelecer a condição de exclusividade. “A súmula 70 do TJ-RJ aposta em uma presunção de legitimidade que não se confirma, de forma alguma, na realidade periférica do Rio de Janeiro” como afirma Melchior novamente.

⁴⁸ TARDELLI, Brenno. Justiça brasileira condena pessoas em massa com base apenas na palavra do policial. **Justificando**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/03/justica-brasileira-condena-pessoas-em-massa-com-base-apenas-na-palavra-do-policial/>> Acesso em: 28/10/2017

Ademais, nesse sentido pontua especificamente tratar do princípio da irregularidade dos atos de poder. De acordo com a criminologia crítica, o racismo institucional é, ao mesmo tempo ferramenta e prática cotidiana na esfera jurídica. Assim sendo, o ordenamento penal brasileiro que é suportado por todo um arcabouço punitivista decorrente de suas matrizes autoritárias, como uma das consequências intrínsecas de seu sistema tem-se a policização do processo condenatório como facilitador da manutenção de tais ideais repressivos.

Cabe, portanto, esmiuçar a frequência com a qual as práticas inquisitoriais ocorrem, reiteradamente, no âmbito judicial. Como maneira de assegurar o exercício do poder punitivo do Estado, há uma exigência de que as ações da Administração Pública sejam retratadas e apresentadas pela palavra do policial. Ao estipular este fato, o Judiciário promoveu vias de institucionalizar a participação destes. Através disso, tem-se o surgimento da Súmula 70, como exemplo primário e inegável.

Nesse sentido, a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo serve como expressão emblemática de tal adoção. O enunciado supracitado tem sido frequentemente utilizado como jurisprudência nas decisões condenatórias em São Paulo.

De acordo com uma pesquisa do Estudo do Núcleo de Violência da USP⁴⁹, dentre as prisões oriundas de crimes de tráfico de drogas, 74% contaram com o testemunho policial como única prova condenatória. Além disso, há também a estatística de que em 76% dos inquéritos da capital, os agentes policiais que depuseram como testemunhas principais, foram os mesmos que participaram da ação.

A adesão de outros Tribunais, principalmente de Estados onde há, reconhecidamente, uma polícia altamente repressora e políticas de segurança pública que endossam o fenômeno do encarceramento em massa, à Súmula 70, reforça a teoria de que há uma tendência clara do ativismo Judiciário em fazer uso do Processo Penal como ferramenta de implementação do poder punitivo.

⁴⁹ **PESQUISA do ICJBrasil avalia confiança nas instituições do Estado.** FGV Notícias. Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-do-icjbrasil-avalia-confianca-nas-instituicoes-do-estado>>. Acesso em: 28/09/2017.

Tal relação entre o universo policial e o Poder Judiciário é, em termos de análise segundo a dogmática processual penal constitucional, no mínimo, paradoxal. Em consonância ao exposto anteriormente no presente trabalho, o sistema *misto* adotado no Brasil explicita a exigência da separação da investigação policial como fase inquisitorial e do julgamento como momento acusatório, de forma tal que a adoção de recursos policiais como condição de prova testemunhal, pode ser considerada insuficiente à condenação, senão inconstitucional.

Nesse sentido, são recorrentes as citações jurisprudenciais que de conferem presunção de legitimidade ao testemunho policial, como exemplo:

I – “Apelante, agindo de forma livre e consciente, ofereceu vantagem indevida, consistente na quantia de R\$10.000,00, aos funcionários públicos, para determiná-los a omitir ato de ofício, qual seja a condução do apelante à Delegacia de Polícia, em razão de um possível mandado de prisão expedido em desfavor do mesmo e para apuração do seu envolvimento com o crime de tráfico de drogas na Comarca de Niterói e com os disparos de arma de fogo realizados contra policiais militares duas semanas antes da prisão em flagrante. SEM RAZÃO A DEFESA. 1) Impossível a absolvição: trata-se de crime formal. A mera conduta de oferecer vantagem indevida para funcionário público com a finalidade de conseguir a omissão, retardamento ou prática de ato de ofício, configura o crime previsto no art. 333 do CP, sendo irrelevante a aceitação da oferta, o que de fato não ocorreu no presente caso. **As declarações dos policiais foram prestadas sob o crivo do contraditório e são imbuídas de fé pública, não havendo nenhum motivo para desmerecê-las.** Por outro lado, as próprias características do tipo da corrupção ativa contribuem para a dificuldade de obtenção de outros meios de prova, pois é evidente que o agente do crime jamais faria a sua oferta ilícita na presença de terceiros. Depoimentos dos policiais válidos - Súmula 70 E. TJRJ.”⁵⁰

II – “Apelante, trazia consigo e mantinha em depósito 27,5g de maconha, acondicionada em 86 "buchas", tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Narra a denúncia que os fatos ocorreram dentro de Casa de Custódia, no momento da revista que visava apurar denúncia anônima de que internos estariam efetuando chamadas telefônicas do interior da referida casa de custódia. SEM RAZÃO À DEFESA: 1) Impossível a absolvição: o conjunto probatório é robusto em apontar o apelante como sendo o detento que detinha parte da droga em sua posse direta (04 "buchas" de maconha) até o momento em que foi arremessada pela escotilha da cela, a qual foi localizada e arrecadada. Em continuidade às buscas, também foram arrecadadas no vão existente ao lado da cama utilizada pelo apelante, mais 82 "buchas" de maconha. **Depoimentos dos agentes penitenciários, munidos de fé pública, perfeitamente válidos para embasar sentença condenatória: Súmula 70 do ETJ RJ. Frise-se que um dos agentes penitenciários viu o momento em que o apelante se desfez de parte da droga.** Quanto a negativa do fato criminoso no interrogatório é justificável, já que o

⁵⁰ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ementa: APELAÇÃO - Art. 333, c/c art. 61, I, ambos do CP. Pena: 02 anos e 06 meses de reclusão e 16 dias-multa. Regime semiaberto. **Apelação 0014483-49.2014.8.19.0031.** Quarta Câmara Criminal TJRJ. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira. Julgamento em 28/06/2016.

interrogatório é meio de defesa, porém colidindo com a prova carreada aos autos. As circunstâncias da prisão em flagrante, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga, não deixam dúvidas de que o apelante praticava a traficância no interior do estabelecimento prisional.”⁵¹

Como exposto, essa presunção de legitimidade, deve ser ao menos relativizada, haja vista os inúmeros casos de excessos punitivos realizados pelas autoridades policiais, não objetivando mitigar a legitimidade de Administração Pública, mas trazer ao debate a notória falibilidade e despreparo dos indivíduos que integram que, enquanto seres humanos - característica indissociável - ao revés da presunção de legitimidade que se confere nos julgamentos jurisprudenciais, deveriam ser equiparados às testemunhas proibidas de prestar compromisso com a verdade.

Dessa forma, a existência do enunciado fere os preceitos desejáveis do ideal processual penal, pois, enquanto, em tese, este teria a função de conter a persecução penal, a aplicação da súmula corre na direção oposta dessa intenção. Nesta ótica, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo é pioneiro ao se posicionar em negação ao conteúdo do verbete. Conforme sugere o artigo de Lilian Matsuura⁵², a 4ª Vara Criminal Capital, ao absolver um jovem acusado de tráfico de drogas por considerar que somente o testemunho policial não confere legitimidade à condenação, abre precedente para o debate acerca da necessidade de revogação da Súmula. Por conseguinte, resta apenas analisar todo o exposto de maneira dialética com o objetivo de aferir quais as conclusões obtidas no presente trabalho.

⁵¹ _____ . Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06. - Pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em regime fechado. **Apelação 0014483-49.2014.8.19.0031**. Quarta Câmara Criminal TJRJ. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira. Julgamento em 28/06/2016.

⁵² MATSUURA, Lilian. Somente depoimento policial não vale para condenação. **Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-26/depoimento-policial-si-nao-vale-prova-condenacao>> Acesso em: 28/10/2017

V. CONCLUSÃO

Desde o início, o trabalho teve como objetivo analisar os resquícios inquisitoriais que se perfazem no ordenamento jurídico brasileiro, destacando seus mecanismos de controle punitivo e, evidenciando o *modus operandi* corroborado pelos constantes ativismos políticos do Judiciário. Neste sentido, coube destacar as normas processuais penais inquisitórias que, em tese, não recepcionalizadas pela CRFB de 1988, são primordiais à classificação do modelo processual penal brasileiro como *misto* e, por conseguinte, sua evidente incompatibilidade com o sistema necessário ao Estado Democrático de Direito, o citado modelo acusatório.

O sistema *misto*, como tratado anteriormente, pauta-se em duas fases, a primeira, manifestamente inquisitória, e a segunda, em tese acusatória, pois, como persistem normas as quais conferem poderes ao julgador para atuar de ofício na gestão da prova, diversos doutrinados classificam esse sistema como *neoinquisitório*. Assim sendo, as referidas normas inviabilizam o tripé constitucional: sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, uma vez que o ordenamento processual não afasta a atividade do julgador da atividade probatória. Nesse sentido, fere-se o princípio constitucional do devido processo legal, tendo em vista que seja na fase investigativa ou na fase processual o acusado tem, de plano, suas garantias constitucionais violadas pelos vícios inquisitivos processuais.

Especificamente a Súmula 70, quando aplicada para justificar a condenação, fere, não só os princípios de garantias, como será exposto a seguir, mas viola toda a definição do sistema acusatório ao condenar o réu com provas exclusivamente colhidas na fase pré-processual. O que se vê é a repetição do depoimento policial em juízo como uma manobra para driblar o artigo 155 do CPP que afirma: "*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 (...)*", todavia, isto é, no mínimo questionável, tendo em vista que o elemento informativo é o mesmo do inquérito policial.

Adiante, a pesquisa adentra no mérito da conceituação da prova penal, delimitando especificamente a sua capacidade de ser instrumento para superar a presunção de inocência, bem como a caracterização do que é compreendido por prova ilícita e por prova ilegítima.

A prova testemunhal, em específico é apresentada com uma peculiaridade ainda mais assertiva. Esta conta com uma noção intrínseca de que o depoente deve, obrigatoriamente, ser isento de interesse no resultado do julgamento, bem como, para ter legalidade e veracidade, deve ser respaldado de qualquer forma de contaminação por proximidade ao réu. Na doutrina, surge, neste momento, uma nova categoria de depoimento atribuída aqueles que teriam status de infomantes.

Após a realização da pesquisa, conforme o exposto, é indispensável questionar a presunção de que o agente policial é, em via de regra, desinteressado na condenação. Tal contradição se dá, de maneira mais elementar, quando observada a prática recorrente do Ministério Público em arrolar para o testemunho os mesmos agentes responsáveis pela operação em flagrante.

Nesse sentido, é indissociável atribuir o benefício da dúvida acerca do comprometimento com a verdade desse agente que, está sob juramento, depondo sobre seu próprio ofício, como representante da Administração Pública e, especificamente nestes casos, sobre a sua atuação. Beira o óbvio afirmar que há, inquestionavelmente, interesse desse agente pela condenação, o que traria questionamentos a respeito da veracidade e da legitimidade deste depoimento como prova testemunhal, agravado ainda, em caso de prova exclusiva para a decisão judicial.

Ademais, ao esmiuçar a postura esperada do julgador, de imparcialidade e noção de justiça, a presente obra explicita os sistemas de tarifação da prova e de livre convencimento motivado. Ao estabelecer que o juiz deve, obrigatoriamente, ser neutro e este não pode valorar as provas de maneira não estabelecida previamente - ou seja, de acordo com seu livre arbítrio e convicção - a adoção de um testemunho policial como prova principal em detrimento de outras também merece ser pontuada.

Tanto na elaboração e aprovação das súmulas, de maneira geral, quanto no julgamento do processo, é impossível a separação absoluta dos motivos políticos. Conforme apresentado no terceiro capítulo, a possibilidade de edição de enunciados é responsável pela atribuição de maior poder ao Judiciário e, adentrando tal questão, o modo como estas são editadas de acordo com o regimento interno, abre margem para um ativismo judicial. Resta identificar, portanto, quais as intenções que justificam essas práticas.

Ao observar, por conseguinte, a escolha por aderir à súmula do TJRJ pelo Estado de São Paulo, tem-se um indício dessa motivação. É de reconhecimento geral que o referido Estado é dos mais arbitrários ao se tratar de medidas de segurança pública, há uma predileção pelo encarceramento como solução da violência que, como busca salientar a presente pesquisa, nem sempre é justificada. De tal forma, a Súmula 70 surge como um instrumento de manutenção do poder punitivo, cuja atuação é explícita. Ao legitimar e judicializar a palavra do policial, tem-se nitidamente, um mecanismo que corrobora para a facilitação da prisão.

Não obstante, cabe lembrar a relação entre a política de combate às drogas mencionada no corpo do trabalho e a sua incidência na adoção do enunciado objeto de análise. Tal estatística é argumento pronto para evidenciar a contradição que se busca como resultado da pesquisa.

Ademais, é imprescindível demarcar, novamente, que há cometimento de diversos vícios processuais desde a edição até a aplicação do verbete da Súmula 70, este que, além de ter sua validade posta à prova de acordo com o exposto no presente trabalho, resulta numa inversão clara do que se deseja para o Processo Penal de orientação democrática. Este tem a incumbência de não somente assegurar as garantias constitucionais durante todo o trâmite, mas, também, ao perceber o resultado da validação do testemunho policial, de alterar o paradigma de valoração da prova.

Conclui-se, portanto, que o depoimento policial ao ser considerado como testemunha do fato, somente teria valor meramente informativo, ou seja, de caráter endoprocedimental, sendo válido apenas para a formação da *opinio delicti* e para o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento pelo Ministério Público.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Lozano. A inidoneidade do testemunho policial. Justificando. **Carta Capital**. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/26/a-inidoneidade-do-testemunho-policial/>> Acesso em: 28/10/2017.

BARBOSA, Rui. **O dever do advogado: Carta a Evaristo Morais**. Rio de Janeiro. Edições Casa de Rui Barbosa. 3ª edição. 2002.

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

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 05/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.338-7**, impetrado em favor de José Carlos Martins Filho em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello. Acórdão da 1ª Turma, publicado no Ementário nº 1.855-02, do Supremo Tribunal Federal. Data de publicação: 19/12/1996.

CAPELLETI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad com referencia a los ordenamentos alemán, suizo y austríaco**. Lima: Unam, 2010.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 08/06/2017.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie Costituzionali e ‘Giusto Processo’**. Texto apresentado nas II Jornadas de Direito Processual Civil. Brasília. 1997.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad: Jorge Guerrero. Bogotá, Temis, 2000. v.1

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **Estado de direito: História, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. Editora JusPodivm. 3ª Edição. Pág. 86.

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

DIAS, Glória Ribeiro. O valor probatório do depoimento policial na ação penal diante do ordenamento jurídico brasileiro. **Gaúcha News**. 2017. Disponível em: <<http://gauchanews.com.br/opiniaio/o-valor-probatorio-do-depoimento-policial-na-acao-penal-diante-do-ordenamento-juridico-brasileiro/354320>> Acesso em: 28/10/2017.

FENOLL, Jordi Nieva. **La Valoración de la Prueba**. Barcelona. Ed. Marcial Pons. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdição e Democracia” in: **Revista do Ministério Público de Portugal**. 1997. Vol.72.

_____. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. 3ª Edição. São Paulo. RT, 2010.

FRANCESCO, Wagner. A ilegalidade da prisão baseada no testemunho de policiais. **Justificando**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/02/ilegalidade-da-prisao-baseada-no-testemunho-de-policiais/>> Acesso em: 28/10/2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23ª Ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2007.

HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal in: **Dimensões da Dignidade**. Ingo Sarlet. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2005.

IGLECIO, Patricia. Kit flagrante de PMs são legitimados pelo nosso sistema de justiça. **Carta Capital**, 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/03/kit-flagrante-de-pms-sao-legitimados-pelo-nosso-sistema-de-justica/>>. Acesso em: 28/10/2017.

LACAN, Jacques. **O avesso da psicanálise**. Rio de Janeiro. Zahar. 1992.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12^a ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

MELCHIOR, Antônio Pedro. Condenar Rafael Braga apenas com base na palavra policial viola o processo penal brasileiro. **Justificando**, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenar-rafael-braga-apenas-com-base-na-palavra-policial-viola-o-processo-penal-brasileiro/#_edn2>. Acesso em: 17/07/2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PESQUISA do ICJBrasil avalia confiança nas instituições do Estado. FGV Notícias. Disponível em: <<http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-do-icjbrasil-avalia-confianca-nas-instituicoes-do-estado>>. Acesso em: 28/09/2017.

PIRES, Leonardo Gurgel. **Da validade dos testemunhos de policiais**. Jus. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7105/da-validade-dos-testemunhos-de-policiais>> Acesso em: 30/09/2017.

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

_____. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005.

RODAS, Sérgio. 74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunha. **Consultor Jurídico.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas>> Acesso em: 23/10/2017.

ROSA, Alexandre. Entenda uma “receita” para a condenação criminal fácil. **Consultor Jurídico.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/limite-penal-entenda-receita-condenacao-criminal-facil>> Acesso em: 23/10/2017.

SÁNCHEZ VERA GÓMES TRELLES, Javier. **Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Gabriela Garcia. Valor probatório das provas produzidas somente na fase do inquérito policial. **E-Governo.** 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/valor-probat%C3%B3rio-das-provas-produzidas-somente-na-fase-do-inqu%C3%A9rito-policial>>. Acesso em: 23/10/2017.

TARDELLI, Brenno. Justiça brasileira condena pessoas em massa com base apenas na palavra do policial. **Justificando.** 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/03/justica-brasileira-condena-pessoas-em-massa-com-base- apenas-na-palavra-do-policial/>> Acesso em: 23/10/2017.

TARUFFO, Michele. **Rethinking the standards of proof.** 51 American Journal of Comparative Law 659 2003.

TINOCO, Dandara. Defensoria pede fim de depoimentos de policiais como prova para condenações. **O Globo**. 2016. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/defensoria-pede-fim-de-depoimentos-de-policiais-como-prova-para-condenacoes-18571791> > Acesso em: 23/10/2017.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ementa: APELAÇÃO - Art. 333, c/c art. 61, I, ambos do CP. Pena: 02 anos e 06 meses de reclusão e 16 dias-multa. Regime semiaberto. **Apelação 0014483-49.2014.8.19.0031**. Quarta Câmara Criminal TJRJ. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira. Julgamento em 28/06/2016.

_____. Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei 11.343/06. - Pena de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, em regime fechado. **Apelação 0014483-49.2014.8.19.0031**. Quarta Câmara Criminal TJRJ. Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira. Julgamento em 28/06/2016.

_____. Acórdão Órgão Especial, Súmula da Jurisprudência Dominante nº 01/2002, Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EEFC09485E10CAA7DE0E508F3DC93141724C3313E21&USER=>> > Acesso em: 28/09/2017.

_____. Enunciado simplificado Súmula da Jurisprudência Dominante nº 70/2003, Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70> > Acesso em: 28/09/2017.

_____. I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Angra do Reis, Agosto/2001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/cedes/seminario/2001/2001> > Acesso em: 28/09/2017.