

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

---

### **Apresentação**

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).



**PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PRESUMPTION OF LEGITIMACY AND VERACITY IN CRIMINAL PROCEEDINGS: PRECEDENT 70 OF THE RIO DE JANEIRO STATE COURT OF JUSTICE**

**Rafael Silva de Almeida**

**Resumo**

A Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais. O artigo propõe analisar essa compreensão problematizando a Súmula em contraste com uma concepção de processo penal publicista preocupado com a obtenção da verdade dos fatos. Objeta a produção e valoração da prova oral que não se compatibiliza com a presunção da inocência e o ônus da prova. Propõe uma abordagem alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

**Palavras-chave:** Processo penal, Prova oral, Presunção, Ônus da prova, testemunho policial

**Abstract/Resumen/Résumé**

Precedent 70 of the Rio de Janeiro State Court of Justice admits conviction in criminal proceedings when the oral evidence produced is exclusively composed of the testimony of police officers. The article analyzes this understanding by problematizing the Precedent in contrast to a conception of criminal publicist process concerned with obtaining the truth. It objects to the production and valuation of oral evidence that is not compatible with the presumption of innocence and the burden of proof. It proposes an alternative approach to the value of oral police evidence without preconceptions that allows assessing its credibility in specific cases.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal proceedings, Police testimony, Presumption, Oral proof, Burden of proof

## 1 INTRODUÇÃO

A Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>1</sup> orienta a atuação dos seus magistrados no sentido de que “*o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.*” (BRASIL, 2004). Esse parâmetro decisório ensejou o entendimento, segundo Nicolitt e Barilli (2018, p. 7), de que em sede de processo penal o depoimento exclusivo de policiais é suficiente para a condenação, ou seja, para se considerar um fato provado no processo penal o depoimento prestado por agentes de segurança fornece uma certeza acima de dúvida razoável para a condenação.

A proposta deste artigo, inerentemente limitado e incapaz de exaurir o tema, é analisar a problemática atrelada a esta compreensão da prova testemunhal proveniente do depoimento policial como mecanismo apto e especial para o convencimento do juiz, inserido no contexto do processo penal publicista preocupado com a sua função social<sup>2</sup>.

No intuito de contribuir para o debate sobre a construção de uma verdade o mais objetiva possível apresentaremos uma proposta de conformação da prova testemunhal ao processo penal seguida de objeções ao posicionamento do TJRJ, buscando uma alternativa de se compreender o valor da prova oral haurida de agentes policiais.

## 2 CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A PROVA TESTEMUNHAL

Uma testemunha é uma pessoa que se supõe que conhece algo relevante sobre os fatos de um caso e a quem se interroga, sob juramento, no intuito de que diga o que sabe sobre tais fatos (TARUFFO, 2014, p. 60). E a prova testemunhal é uma espécie de prova oral inserida no âmago dos processos penais no contexto brasileiro. Lima (2018, p. 186) a identifica como a prova por excelência, por ser a mais comum, e lembra algumas de suas insuficiências inerentes como a possibilidade de contaminação por influências emocionais ou distorções baseadas na percepção da testemunha.

---

<sup>1</sup> A partir de agora: TJRJ.

<sup>2</sup> Para Grinover (2016, p. 4-5) o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento e a obtenção da paz social o que exige a busca pela verdade no maior grau de probabilidade possível e o suprimento, pelo magistrado, de eventuais deficiências probatórias no processo.

Apesar das dificuldades da prova testemunhal uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro enuncia sua preponderância na práxis forense, mesmo a decorrente do depoimento de agentes policiais, em que se analisou sentenças de casos de tráfico. O agente policial foi a única testemunha ouvida no processo em 62,33% das amostras e em outros 53,79% das sentenças o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz. Ademais em 94,95% dos casos ocorreu o depoimento de algum agente de segurança (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 34-35)

Conforme Taruffo (2014, p. 60) para que seja fonte de declarações confiáveis a testemunha deve ser digna de crédito, eis que emite declarações que podem ser usadas para descobrir a verdade sobre fatos em um processo. Supõe-se que sejam confiáveis as testemunhas, embora todos os sistemas processuais possuam mecanismos voltados à verificação da credibilidade de testemunhos. Prossegue Taruffo (2014, p. 61) que compreendem alguns dos mecanismos a idade, a capacidade mental e o interesse, ou seja, eventual propensão que a testemunha tenha no deslinde da causa.

O mesmo autor esclarece que as partes podem constituir elas mesmas testemunhas no processo, todavia são as maiores interessadas em manipular, distorcer e ocultar a verdade de modo que, embora útil em certos casos, o conhecimento obtido a partir dessas declarações deve ser cautelosamente tratado pelo magistrado (TARUFFO, 2014, p. 65). Relata o juramento das partes acerca da veracidade de suas declarações como uma relíquia histórica que sobrevive em alguns sistemas processuais. Que sua origem se relaciona com o Código Civil francês enunciando, basicamente, que uma parte pode pronunciar de forma solene e sob juramento uma declaração acerca de um fato principal em litígio, a qual deve ser considerada como elemento de prova vinculante decorrente da solenidade do ato e das consequências atribuídas a uma declaração falsa (TARUFFO, 2014, p. 71).

Lima (2018, p. 186) expõe que a pessoa que irá depor em juízo deverá dar seu testemunho sobre fato passado que interessa à causa e que este configura a transmissão pela pessoa humana de suas percepções sensoriais captadas fora do processo.

Nem todos os fatos que a testemunha apreendeu da realidade são interessantes para o processo. A doutrina estabelece diversas conceituações e classificações sobre a prova

testemunhal das quais importa referir espécies importantes para a consecução dos objetivos do trabalho. Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 723) descreve a testemunha direta como aquela que depõe sobre fatos que presenciou ou visualizou e indireta a pessoa que, apesar de não presenciar o fato delituoso, ouviu dizer sobre ele. Própria a testemunha que depõe sobre a imputação constante da peça acusatória, ou seja, o fato principal em julgamento, e imprópria, instrumentária ou fedatária aquela que depõe sobre a regularidade de um ato ou fato processual, e não sobre o fato delituoso objeto do processo criminal.

A prova testemunhal, independente de qual espécie de que se trate, tem como características a oralidade, a objetividade e a retrospectividade (LIMA, 2018, p. 188). Em atendimento ao disposto no artigo 204 do Código de Processo Penal<sup>3</sup> o testemunho será, em regra, oral e reduzido a termo, conforme o art. 216 da mesma norma<sup>4</sup>. A oralidade, conjugada à imediação à concentração permite ao juiz e às partes acompanharem o depoimento e as reações da testemunha, diretamente, reforçando a sua convicção.

Pelo teor do artigo 213 do CPP<sup>5</sup> a testemunha deve relatar fatos objetivos captados pelos sentidos, não podendo, ordinariamente, emitir juízo de valor sobre as declarações. A retrospectividade refere-se à peculiaridade de que o testemunho sempre se refere a fato pretérito (LIMA, 2018, p. 189).

No sistema brasileiro processual penal qualquer pessoa pode ser testemunha (artigo 202 do CPP)<sup>6</sup>. Quando chamada ao processo a testemunha deve fazer promessa de dizer a verdade (art. 203 do CPP)<sup>7</sup>, não podendo se eximir da obrigação de depor (art. 206 do CPP)<sup>8</sup>, à exceção

---

<sup>3</sup> “Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos” (BRASIL, 1941).

<sup>4</sup> “Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos” (BRASIL, 1941).

<sup>5</sup> “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL, 1941).

<sup>6</sup> “Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha” (BRASIL, 1941).

<sup>7</sup> “Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade” (BRASIL, 1941).

<sup>8</sup> “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (BRASIL, 1941).

de hipóteses legais de incompatibilidades como no caso da dispensa de alguns parentes do acusado quando a prova for possível de produção por outros meios, ou de pessoas proibidas de depor (art. 207 do CPP)<sup>9</sup>, dentre outras. Menores de catorze anos e doentes e deficientes mentais também podem ser ouvidos, contudo, não se lhes exige o compromisso de dizer a verdade (art. 208 do CPP)<sup>10</sup>. Destaca-se que diante da suspeita de que por qualquer motivo relevante a testemunha possa não falar a verdade é possível contradita-la (art. 214 do CPP)<sup>11</sup>, o que influenciará na avaliação final pelo magistrado de seu valor probatório.

O procedimento processual penal brasileiro é bifásico, ou seja, constituído de uma investigação preliminar ao ajuizamento da ação penal, não sendo a investigação um pressuposto para a ação penal. Na primeira fase a autoridade encarregada pela investigação, dentre as diligências que pode realizar, se optar pela oitiva de pessoas que tenham informações sobre os fatos, não produzirá prova testemunhal em sentido estrito<sup>12</sup>. Conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal<sup>13</sup> distinguem-se prova e elementos informativos e a qualidade de prova se atribui aos elementos de convencimento produzidos no bojo da participação dialética das partes, sob o regramento da ampla defesa e do contraditório, em regra, no curso do processo judicial.

### **3 A PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL**

Importa conhecer a inserção da prova no contexto do sistema processual penal e as bases mínimas de operação deste dado que o escopo do trabalho envolve avaliar a racionalidade envolvida na decisão penal emanada pelos magistrados.

---

<sup>9</sup> “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (BRASIL, 1941).

<sup>10</sup> “Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206” (BRASIL, 1941).

<sup>11</sup> “Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208” (BRASIL, 1941).

<sup>12</sup> Optou-se por não tratar da produção antecipada de prova testemunhal cautelar a exemplo da *ad perpetuam rei memoriam* e outras hipóteses eventuais de provas irrepetíveis, cautelares ou antecipadas, submetidas a contraditório diferido, diante do escopo reduzido do trabalho.

<sup>13</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” (BRASIL, 1941).

Por prova se pode ter “todo elemento ou meio destinado ao convencimento do juiz sobre o que se procura demonstrar em determinado processo” (LIMA, 2018, p. 33). Para Renato Brasileiro de Lima:

[...] a finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. (LIMA, 2019, p. 610).

A atividade probatória no processo penal recai, basicamente, não sobre os fatos ocorridos na realidade, senão sobre a veracidade das asserções feitas pelas partes no contexto do processo, é dizer, a verdade (ou não) da imputação constante da peça acusatória que intenta demonstrar um fato delituoso atribuído a uma pessoa (LIMA, 2019, 616).

Segundo Marcelus Polastris Lima (2018, p. 18-20) na atualidade o sistema processual penal brasileiro é acusatório, conformando-se ao inquisitorial system, assegurando-se às partes a iniciativa na busca de provas e preservando, na fase processual, a produção de provas por iniciativa do juiz com o fito da obtenção da verdade. Segue o autor denominando por verdade provável aquela possível de se obter no processo considerado que a reconstrução dos fatos por meio da prova dificilmente ou nunca atingirá a certeza absoluta, mas meramente relativa, de modo que o juiz se põe diante de uma aproximação da realidade, uma probabilidade, e deve buscar algo o mais próximo da certeza (LIMA, 2018, p. 22).

Sobre a dualidade do processo penal já mencionada, Lima (2018, p. 26-27) explica que na fase inicial, da investigação, a polícia judiciária vai colher elementos probatórios a subsidiar a atuação do autor da ação penal e que na fase processual se dará a verdadeira instrução probatória, ou conjunto de atos processuais que tem por objeto recolher as provas para a decisão, realizada sob o contraditório.

Lima (2018, p. 28) distingue dos atos de prova, realizados sob o contraditório, os atos de investigação, estes de validade limitada, e apoia-se nas lições de Aury Lopes Júnior para concluir que os atos de investigação realizam uma função endoprocedimental de justificar a formalização da imputação. Na instrução probatória as partes irão produzir as provas e com base nelas promover as alegações finais, a partir do que o magistrado irá embasar sua convicção e fundamentar a decisão final (LIMA, 2018, p. 27).

Vários princípios conformam o instituto da prova no processo penal, destacados por Lima (2018, p. 59-65), em linhas gerais, o princípio da autorresponsabilidade, pelo qual cada uma das partes deve suportar as consequências de eventual inatividade probatória, um corolário do ônus da prova; o princípio da aquisição ou comunhão da prova que enseja que qualquer elemento levado ao processo pelas partes servirá a ambas e também ao juiz; o princípio da audiência contraditória que implica que as partes sejam intimadas e possam se manifestar sobre as provas produzidas em audiência; os princípios da oralidade, concentração e imediação que permitem ao magistrado formar sua convicção na avaliação direta da dinâmica das provas; o princípio da identidade física que vincula o juiz que participa da instrução probatória à prolação da sentença no feito já que detém melhores condições de julgar; o princípio da publicidade que permite uma compreensão da sociedade sobre o sistema de justiça e fomenta o controle sobre a atividade judicante e; o princípio do livre convencimento motivado a enunciar a inexistência de provas tarifadas no sistema ou prévia valoração legal. O julgador tem liberdade de valorar as provas de acordo com o seu convencimento e deve motivar a sua decisão de acordo com as provas produzidas e valoradas no processo.

No que tange ao processo penal, também certos valores fundamentais balizam a sua operacionalização, destacando-se o ônus da prova e a presunção de inocência.

Badaró (2003, p. 178) distingue o ônus da prova sob os aspectos objetivo e subjetivo em que o primeiro exige do magistrado, como regra de julgamento, que reconheça a dúvida sobre fato relevante no momento da decisão final quando ela ocorra no processo, suportando as consequências da decisão a parte que não se desincumbiu de provar a certeza sobre sua alegação, e o segundo se presta a estimular as partes, que conhecem o conflito, a promover a atividade probatória compatível com a obtenção do resultado buscado no processo. O ônus da prova, inclusive, está expresso no artigo 156 do Código de Processo Penal<sup>14</sup>.

Sobre a presunção da inocência Badaró (2003, pp. 283-286) enuncia suas três projeções: regra de garantia a exigir que direitos fundamentais do acusado somente sejam tolhidos diante de prova plena do ilícito cometido e sob o devido processo legal, regra de julgamento que impõe recair todo o ônus da prova sobre a acusação e regra de tratamento que impõe a impossibilidade

---

<sup>14</sup> “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” (BRASIL, 1941).

do acusado ser tratado como culpado até que eventualmente seja declarado, definitivamente, culpado.

Em resumo se pode considerar que a prova testemunhal configura uma espécie dentro do rol de meios de prova disponíveis no processo penal brasileiro para o convencimento, pelas partes e, supletivamente, pelo juiz, a respeito das asserções promovidas por quem integra o litígio. O requerimento, a admissão a produção e a valoração das provas precisa observar os limites impostos à obtenção da verdade, as regras legais que conformam o processo penal e os princípios fundamentais do sistema, dentre esses o ônus da prova e a presunção da inocência, para a obtenção no maior grau possível de uma decisão justa, em conformidade com a realidade dos fatos. Importa saber em que medida as considerações anteriores se adequam ao caso da Súmula 70 do TJRJ.

#### **4 COMPREENSÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DO TJRJ**

Procuramos compreender a Súmula 70 do TJRJ a partir de incongruências que ela pode apresentar em relação a aspectos dogmáticos ou práticos e assim buscar avaliar a sua (i)legitimidade.

Constata-se inicialmente que a orientação do TJRJ não encontra origem na norma processual penal. A atribuição de qualidade especial no tratamento da prova testemunhal haurida do depoimento de policiais surgiu a partir do julgamento de casos concretos.

Nicolitt e Barilli (2018, p. 6) indicam que o enunciado da Súmula 70 do TJRJ veio atender uma necessidade decorrente de juízes proferirem decretos absolutórios quando se deparavam com a prova formada exclusivamente por depoimentos de agentes policiais, o que acabou se convolvendo no entendimento contrário de que depoimentos policiais seriam dotados de credibilidade especial ou presunção de veracidade, suficientes por si para a condenação. Para os autores o entendimento sumulado não se justifica pois além de incompatível com o *standard* de prova que exige no processo penal uma certeza acima da dúvida razoável, se enfraquece diante da constatação de casos de desvios de finalidade na atividade policial e demonstra autoritarismo no tratamento da verdade. (NICOLITT e BARILLI, 2018, p. 8).

Carvalho e Weigert (2018) analisaram a partir de um caso concreto julgado pelo TJRJ o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70. Problematizaram a legitimação



do enunciado que traduziria uma situação ideal na qual os agentes policiais envolvidos em situações levadas a julgamento pautariam as suas ações em estrita observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Para os autores, contudo, a realidade empírica dos sistemas penais e das instituições policiais não segue na mesma direção, o que constitui uma razão para fazer ruir o caráter absoluto que se denota da orientação sumulada. No mesmo trabalho Carvalho e Weigert (2018, p. 55) entenderam pela viabilidade das presunções de legitimidade e moralidade dos agentes da administração pública no contexto da diretriz da Súmula 70 desde que ocorressem os pressupostos ideais da absoluta ausência ou impossibilidade da produção de outras provas e a coerência dos relatos dos policiais ouvidos, mas não sem alertar que no plano concreto a Súmula poderia produzir distorções e legitimar atos opostos aos seus objetivos.

São pertinentes as colocações dos autores, muito embora não concordemos com a manutenção da presunção de veracidade dos depoimentos policiais sob nenhuma circunstância, sobre o que trataremos adiante. Por ora se considera a contribuição de Thiago Pierobom de Ávila (2016, p. 56-75) que promoveu uma detida exposição histórica sobre desvio e arbitrariedades policiais no Brasil, que em alguma medida perduram, como relevante reforço no argumento da ilegitimidade da Súmula 70 do TJRJ, baseada numa concepção irreal de polícia brasileira. Não é aqui o caso de promover maniqueísmos ou de generalizar as instituições policiais, mas de se considerar a realidade como indutora das decisões dos sistemas penais. Reconhecer que a ação policial pode não ter observado detidamente os protocolos e a norma revela preocupação com a obtenção da verdade no maior grau possível e com o rechaço da produção de meios de prova impertinentes e irrelevantes.

O enfrentamento ao crime e a investigação dos delitos configuram atividades por excelência das polícias, extremamente dinâmicas e corriqueiras. Objetiva-se dessa forma o posicionamento do TJRJ por ser incompatível com essa constatação e com as lições recentes sobre a falibilidade da memória, fenômeno já reconhecido pela literatura:

O crime é uma reconstrução do passado. Este, para ser reconstruído, na grande maioria das vezes, até mesmo pela ausência de outros elementos de prova – que não foram devidamente colhidos e, por consequência, apagados pelo tempo ou porque não deixaram vestígios – depende da memória de quem os narra. E o processo

mnemônico, por sua vez, não é fidedigno à realidade. Isso porque a fantasia e a criação ficam encarregadas e preencher as lacunas da memória com experiências verdadeiras, contudo, decorrentes de outros acontecimentos e até mesmo com experimentos nunca vivenciados (falsas recordações). (DI GESU, 2014, p. 164-165).

Outro aspecto a ser discutido é a generalidade do posicionamento do TJRJ que parece desconsiderar a pluralidade das ações de segurança pública e a diversidade de situações a ensejar o requerimento, pelas partes, ou a produção, pelo juiz, supletivamente, da prova testemunhal policial.

É dizer, o depoimento policial no processo penal configura prova oral testemunhal de diferentes espécies. Pode ser direta ou indireta, ou seja, respectivamente, se prestar a trazer aos autos o relato do agente sobre fatos criminosos que presenciou ou visualizou, como uma prisão em flagrante, ou sobre os quais o policial, por qualquer meio, não estando presente no local dos fatos na hora em que ocorreram, tomou ciência, a exemplo da *notitia criminis*. Também pode configurar espécie de testemunha própria que depõe sobre o fato principal em julgamento ou imprópria que depõe sobre a regularidade de um fato ou ato da investigação, como no exemplo de uma medida de busca e apreensão. A riqueza de circunstâncias e situações fáticas envolvendo agentes policiais e prova testemunhal não se pode resumir nesse trabalho, porém denota o descabimento de uma concepção genérica que toma por verdadeiro qualquer depoimento policial.

A crença de que o depoimento policial goza de especial valor probatório, presunção de legitimidade e veracidade enuncia um conflito aparente com a presunção da inocência, como regra probatória, ao exigir dos acusados a demonstração da eventual suspeita sobre a credibilidade do relato da testemunha. Seu caráter genérico se contrapõe à constatação de que os pressupostos da contradita se afere no caso concreto e blinda o meio de prova, inverte o ônus da prova e dificulta que o acusado tenha sucesso na apresentação de razões de fato e de direito a descredibilizar um depoimento policial.

Tanto a pretensão da obtenção da verdade no maior grau de certeza possível e da prolação de uma sentença justa encontram barreiras na Súmula 70 do TJRJ, destacadas a irrealidade de uma atividade policial livre de ilegalidades, as incertezas relacionadas a prova decorrente da memória, a injustificável generalidade do enunciado sumular frente aos casos

concretos submetidos a julgamento, a indevida inversão do ônus da prova no processo penal e a minimização da eficácia da presunção da inocência. Entretanto, não são as únicas motivações a pugnar pelo cancelamento da orientação jurisprudencial. Cabe considerar, além disso, no intuito de obter uma visão alternativa àquela do TJRJ em relação ao depoimento policial, o valor de convencimento do depoimento policial frente a imperativa presunção de inocência no processo penal.

## **5 O VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO POLICIAL**

Considerar que o depoimento policial goza de presunção de legitimidade e veracidade corresponde a conceder ao testemunho os atributos do ato administrativo.

Por atos administrativos temos a conceituação de Fernanda Marinela:

[...] toda declaração unilateral de vontade do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário. (MARINELA, 2017, p. 327).

Como manifestação do Poder Público detém peculiaridades o ato administrativo em relação aos atos privados, dentre elas as presunções de veracidade e legitimidade, a autoexecutoriedade e a imperatividade.

Nosso objeto integra uma dessas características ou atributos, a presunção de legitimidade ou veracidade e seu potencial de influir no convencimento do magistrado.

Presunção de legitimidade e de veracidade abrangem situações específicas e não se confundem. A presunção de legitimidade qualifica o ato administrativo como produzido em observância à lei, presumivelmente, e a presunção de veracidade guarda relação com os fatos, presumindo-se verdadeiros aqueles alegados pela administração, admitindo-se prova em contrário. (DI PIETRO, 2018, p. 278).

Sob a vigência da Súmula 70 do TJRJ o depoimento policial detém um especial valor probatório apto a orientar a tomada de decisão do magistrado e a sua fundamentação no sentido de que, havendo dúvida, são presumivelmente verdadeiros os elementos probatórios decorrentes do relato do agente de segurança.

Não se pode aceitar esse estado de coisas. O alerta de Nicolitt e Barilli (2018, p. 8) quanto ao autoritarismo no tratamento da verdade nos impulsiona a objetar, criticar, voltar os olhos para as garantias fundamentais do indivíduo, para o ônus da prova no processo penal e para a presunção da inocência, buscando compatibilizar a realidade à teleologia constitucional na maior eficácia possível. Em refutação ao posicionamento do Tribunal defendemos que o depoimento policial não integra a categoria ato administrativo e, por conseguinte, não goza de presunção de legitimidade e veracidade.

Uma vez realizadas no exercício das atribuições do cargo público que ocupam, na forma prevista no ordenamento jurídico, estritamente observados os seus elementos de existência, validade e eficácia, considera-se as diversas atividades policiais de qualquer natureza como atos administrativos. Exemplos são preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a apuração de infrações penais, as funções de polícia judiciária, patrulhamento e polícia ostensiva, segurança dos estabelecimentos penais (artigo 144 da Constituição Federal<sup>15</sup>), funções de polícia administrativa, diligências, prisões, cumprimento de mandados judiciais, investigações, perícias, relatórios, acareações, reproduções simuladas, colheita de

---

<sup>15</sup> “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.” (BRASIL, 1988).

depoimentos, obtenções de provas, etc. Integrando esta categoria não se discute a sua qualidade especial a ensinar o reconhecimento das características peculiares dos atos administrativos.

No processo penal não se pode reconhecer os atributos dos atos administrativos. A presunção no processo penal é a da inocência, por expresse comando constitucional (art. 5º, LVII)<sup>16</sup>, conformando a operacionalização do sistema penal.

Como apontamos, a prova é uma instituto jurídico especial no processo penal brasileiro voltada à reconstrução dos fatos alegados e por meio da atividade probatória se busca dar validade aos argumentos expostos pelas partes. Dentre os limites para essa atividade se encontram o ônus da prova, que recai sobre a acusação, primordialmente, e a presunção da inocência cujo corolário é que as dúvidas sobre os fatos alegados sejam resolvidas em favor do acusado. Não há falar aqui em supremacia do poder público sobre o particular, especialmente pela falta de previsão legal dos atributos dos atos administrativos, e as partes devem contender em igualdade.

O artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) atribui tratamento diverso para atos de prova realizados sob o contraditório e atos de investigação, estes de validade limitada e circunscritos a subsidiar a formação da convicção do titular da ação penal. O legislador não concedeu qualidade especial aos atos administrativos produzidos pelas polícias em sede de investigação, pelo que se permite concluir pela ilegitimidade da interpretação que toma por especial o depoimento judicial do policial, que nem mesmo configura espécie de ato administrativo.

O esmero por uma separação mais racional entre as fases de investigação e judicial no processo penal se denota também da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019) que tratou, recentemente, do juiz de garantias e que está a aguardar definição quanto a sua juridicidade no Poder Judiciário. Daí cabe reforçar que o controle da investigação preliminar difere do julgamento da ação penal e que há um esforço político relevante no Poder Legislativo pela democratização do processo penal, racionalização da tutela de garantias individuais e do processo decisório.

Qualquer policial que é chamado ao processo penal para funcionar como testemunha, ao depor, não pratica ato administrativo. Seja ele integrante das polícias administrativa ou judiciária, aplica-se-lhe a principiologia própria e as normas do processo penal. Marinela (2017,

---

<sup>16</sup> “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 1988).

p. 298) separa essas polícias pelos seus objetivos em que a polícia administrativa intenciona impedir o ilícito puramente administrativo, podendo ser fiscalizadora, preventiva ou repressiva, regendo-se pelo direito administrativo, e a polícia judiciária, orientada à proteção da ordem pública e impedimento do ilícito penal, regida pela legislação penal, processual penal e constitucional. Nas suas atribuições a polícia administrativa pode ser exercida por diversos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta de direito público, até mesmo a polícia militar, e a polícia judiciária é privativa das corporações especializadas, como a polícia civil, acumulando funções próprias da polícia administrativa com a segurança pública, prevenção, repressão e investigação de delitos.

Em ambos as espécies de polícia ao testemunhar o agente de segurança no processo penal não realiza atribuição funcional, porém se submete ao dever estatal legal de depor para contribuir com a consecução dos fins institucionais do Poder Judiciário, na mesma medida que qualquer outra pessoa.

Da legislação processual penal não se extrai privilégios para a oitiva ou valoração da prova oral de agentes públicos. Há, sim, prerrogativas previstas em relação a alguns cargos públicos descritos no artigo 221<sup>17</sup> do Código de Processo Penal como o Presidente e Vice-Presidente da República e outras autoridades, bem como a previsão no § 3º desse artigo que os funcionários públicos intimados a depor terão cientificados o chefe da repartição respectiva sobre o dia e a hora marcados para o depoimento. Confunde-se, contudo, quem pressupor que aqui há uma justificativa quanto a especialidade do depoimento do agente público pois, como assevera Lima (2019, p. 719), a regra busca conciliar o dever de depor com as relevantes funções públicas exercidas pelas autoridades ali mencionadas, mesmo entendimento aplicado aos funcionários públicos.

---

<sup>17</sup> “Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores e Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores de Estado e Territórios, os Secretários de Estado, os Prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os Deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os Ministros e Juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o Juiz

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

§ 2º Os militares deverão ser requisitados à autoridade superior.

§ 3º Aos funcionários públicos aplicar-se-á o disposto no artigo 218, devendo, porém, a expedição do mandado ser imediatamente comunicada ao chefe da repartição em que servirem, com indicação do dia e da hora marcados.” (BRASIL, 1941).

Dado que o CPP tenta compatibilizar o exercício da função com a obrigação de comparecer em juízo se deduz que prestar depoimento não corresponde ao exercício do cargo público. O agente policial não comparece nos autos para prestar depoimento na condição de funcionário público e, assim, ao testemunhar não pratica ato administrativo. Independente da razão pela qual intimado a depor e independente de qual corporação integra, o agente de segurança participa de um ato processual ordinário a cargo do Poder Judiciário.

Não se pode tomar o depoimento policial pelo que ele não é. Sob o jugo do ordenamento processual penal constitucional o depoimento do agente de segurança não se diferencia, ontologicamente, da espécie prova testemunhal.

Cabível seria ponderar que a falta de previsão legal também não impediu que alguns órgãos do Poder Judiciário ressalvassem a prova testemunhal obtida do depoimento da vítima em determinadas espécies de crimes. Lopes Jr. (2019, p. 561) elenca dentre esses os crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça e os crimes sexuais.

Não é correto um argumento como esse pois as premissas que justificam a adoção do relevo especial na palavra da vítima em crimes sexuais, por exemplo, encontram fundamentos empíricos na realidade social, ao contrário do depoimento de policiais contra os quais milita a suspeita persistente do desvio policial. Enquanto as regras da experiência induzem ao reconhecimento de especial valor ao relato de vítimas e podem contribuir para a obtenção da verdade provável nos processos de crimes eminentemente ocorridos às ocultas, no caso dos depoimentos policiais elas podem invocar a suspensão da credibilidade de certos testemunhos policiais em realidades que convivem com o abuso e o arbítrio como forma de se impedir ou mitigar decisões injustas. Demais disso, no caso da prova policial se chegou ao ponto de presumir a sua veracidade e legitimidade, opção que não corrobora com a dogmática processual penal.

Pelo teor do artigo 156 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) cabe outra refutação à presunção de legitimidade e veracidade do depoimento de agente de segurança. Integrante de um sistema legal constitucional aquele dispositivo exige interpretação à luz da presunção da inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e do princípio acusatório (art. 129, I, da CF)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” (BRASIL, 1988).

A presunção compatível com esse sistema, ordinariamente, é a de inocência. Guardadas razões específicas no caso concreto, sob a razoabilidade e a proporcionalidade, cabe falar em outras presunções para que não se inviabilize a tomada de decisões, como a presunção de veracidade de um documento público ou a presunção de incapacidade dos menores de dezoito anos. A tanto não se chega, porém, no caso da presunção de legitimidade e veracidade do depoimento do agente policial. Pelo ônus da prova, na dúvida, o juiz deve decidir conforme o *in dubio pro reo* e as partes devem se preocupar com a comprovação de suas alegações sob pena de dever suportar um resultado não querido na demanda.

Presumir a legitimidade e veracidade do agente de segurança inverte o conteúdo do ônus da prova e a programação do sistema de justiça passa a ser a de que, na dúvida, o magistrado decida baseado na palavra do policial.

Presunção não é um instituto jurídico unívoco na literatura, especialmente no processo penal. Gabriel Bertin de Almeida (2010, p. 219) postula que a presunção no processo penal configura uma operação mental a permitir a ligação entre uma circunstância provada a outra obscura. Presunção não é nem prova, nem indício, mas na verdade uma categoria mental instrumental. Como pressupostos a presunção tem, de um lado, um fato provado e, de outro, um fato não conhecido, operando na conjugação desses pressupostos. Ilustrativa é a presunção da inocência em que o fato provado é a categoria homem sujeito de direitos integrante do conjunto de seres dotados de garantias individuais e o fato obscuro a inocência. Por presunção o estado de inocência se liga ao homem, como raciocínio.

No caso do depoimento policial não há fato provado, ou seja, não concorre o primeiro pressuposto da presunção. O próprio depoimento policial é um fato a se conhecer, obscuro, a ser desvelado. A função de seu testemunho é contribuir na construção da certeza e na obtenção de um fato provado ou, pelo menos, na diminuição do desconhecimento sobre um fato obscuro.

Não concordamos Carvalho e Weigert (2018, p. 55) ao considerarem que no plano ideal e abstrato seria possível reconhecer a harmonia da Súmula 70 TJRJ com os princípios da administração pública, se e somente se inexistissem outros meios de obtenção da prova do fato e fossem coerentes entre si os relatos dos policiais ouvidos. Não pode o magistrado se valer de uma fórmula decisória constituída *a priori* para valorar os elementos de prova obtidos pela narrativa dos policiais. O dever de motivação exige do Poder Judiciário a demonstração das razões de fato e de direito que, no caso concreto, orientaram a decisão no sentido em que prolatada. Ou seja, sempre se deve submeter toda a prova aos filtros da falta de credibilidade,



falta de pertinência e falta de relevância, aplicando o ônus da prova conforme exige o processo penal constitucional, resolvendo qualquer dúvida em favor do acusado.

Encaminhando-nos para as considerações finais resta avaliar o defeito intrínseco no raciocínio que concede qualidade especial ao depoimento policial. A Súmula 70 do TJRJ, no enunciado, prevê que: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.” (BRASIL, 2004). Na prática, a redação acabou por sedimentar a concepção de que os agentes policiais que depõem no processo são agentes públicos cujas declarações gozam de presunção de veracidade e legitimidade, o que justifica a condenação por si só, mas, especialmente, também em hipóteses nas quais as declarações forem consentâneas com o arcabouço probatório produzido no processo.

Verifica-se circularidade no raciocínio que concede caráter de verdade aos elementos de prova obtidos do relato policial por se fundamentar no fato de que foi o policial quem os relatou. O fato de cuja verdade se trata está fora do depoente, não o pertence, ordinariamente, não podendo ele, então, constituir a medida de verdade do fato do litígio. E isso mesmo desde antes do próprio depoimento. Na busca pela verdade provável não se pode contentar o sistema processual com tal visão autoritária.

A esse propósito explica Lopes Jr. (2019, p. 562) que constitui um equívoco tomar o um depoimento, seja da vítima ou do policial, verdadeiro como pressuposto. Em casos tais, até mesmo inconscientemente, parte-se da concepção de que o depoente fala a verdade e que inexistem razões para mentir, o que, por consequência, enseja a conclusão de que tudo que foi dito é verdadeiro. Arremata que essa situação é base de inúmeras injustiças que envolvem condenações injustas decorrentes de depoimentos falsos ou contaminados por falsas memórias, reconhecimentos errôneos e mesmo erros de boa-fé.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considera-se que o processo penal publicístico, dotado de função social, configura palco adequado para a obtenção de decisões justas e alinhadas com o Estado Democrático de Direito. A preocupação com a obtenção da verdade, ainda que com a participação do magistrado na gestão probatória, supletivamente, tem o condão de diminuir o potencial de decisões equivocadas sem respaldo nos fatos.

As partes nesse sistema processual penal devem compreender e pautar a sua atuação sob os princípios penais, processuais penais e constitucionais, buscando de forma ética fazer a prova

de suas alegações e suportando os efeitos do ônus da prova e a possibilidade da obtenção de uma decisão desfavorável. Ao discordar, portanto, devem se utilizar dos meios previstos no ordenamento na busca de seus interesses, pretensões e direitos. E o Poder Judiciário, nesse contexto, deve atuar com cautela e se orientar por critérios os mais objetivos possíveis na admissão, produção e valoração probatória, compatibilizando as suas decisões à teleologia estatal.

A presunção da inocência e o ônus da prova configuram o cerne desse sistema e quanto mais deles se afasta maiores os riscos para a sociedade, para a segurança jurídica. A Súmula 70 do TJRJ se propôs a resolver o problema de decisões absolutórias em processos baseados na prova oral de autoridades e agentes policiais, mas, na prática, contribuiu para enfraquecer o ônus argumentativo que se impunha aos magistrados na hora de decidir os processos penais.

Desde então se encontram ameaçadas a sociedade, a segurança jurídica. No lugar do desejado controle objetivo sobre as decisões penais emergiu a possibilidade de um subjetivismo decisório injustificado e a retomada de projeções do regime das provas tarifadas, valendo mais o que diz o policial. O especial valor conferido ao depoimento de agentes de segurança veio como empecilho para a devida funcionalidade do sistema.

Urge se posicionar sobre essa situação e buscar a sua resolução. O paradigma da presunção de legitimidade e veracidade do depoimento policial requer maior atenção. A prova testemunhal caracterizada pela objetividade, oralidade e retrospectividade não pode ser confundida com o ato administrativo, por excelência uma manifestação de vontade da administração. A vontade manifestada no ato administrativo, contemporânea ao próprio ato, não se compatibiliza com uma declaração sobre fatos pretéritos, inerente à prova oral.

As polícias, comprometidas com o regime democrático e com a prevenção, identificação, apuração e punição de desvios, abusos, irregularidades e arbitrariedades preservam características peculiares no sistema processual penal. A natureza de suas atividades comporta especialidade de tratamento no ordenamento jurídico e na sociedade. A isso não corresponde, todavia, indevidas mitigações de direitos e garantias individuais quando da apuração da materialidade e autoria de crimes.

Apresentou-se no trabalho algumas razões pelas quais se entende valer o esforço de se discutir os efeitos da Súmula 70 do TJRJ, seja em comparação com o modelo de processo penal constitucional ou com a realidade brasileira. A alternativa que se propõe é a adoção de cautela

e a prudência na avaliação da prova oral. Dotar o meio de prova de valoração especial, mesmo antes evento criminoso, não parece uma providência comprometida com a racionalidade e com os elevados riscos de uma decisão equivocada no processo penal.

O olhar foi prospectivo, esperançoso de poder contribuir para o debate sobre os pressupostos, limites e alcance da decisão no processo penal e constatar, quem sabe, futuramente, um novo posicionamento no TJRJ associado ao compromisso cada vez maior dos operadores do sistema penal na busca da segurança jurídica e de um processo democrático.

## **7 REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **Os Limites da Presunção no Processo Penal**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 3, p. 112-127, jan./abr. 2010.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) Acesso em 8 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm) Acesso em 12 abr. 2020.

BRASIL. **Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2002.003.00001**. Relator: Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro. Julgamento em 04.08.2003. Registro de Acórdão em 05.03.2004.

CARVALHO, Salo de. BRASIL E WEIGERT, Mariana de Assis. **Making a Drug Dealer: o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula 70 do TJRJ na Construção do caso Rafael Braga**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 45-77, 2018.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade Real e Verdade Formal? Um falso problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). *Verdade e Prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova penal**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NICOLITT, André. BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. **Standards de prova no Direito: debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Boletim do IBCcrim. São Paulo. 26, 302, p. 6-9, jan. 2018.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório Final – Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>  
Acesso em 02 abr. 2020.

TARUFFO, Michelle. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Fundamentos do controle externo da atividade policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.