

CENTRO UNIVERSITÁRIO REDENTOR - UNIREDENTOR
CURSO: DIREITO

PEDRO HENRIQUE LIMA COELHO

**O ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ: SEUS EFEITOS E
APLICAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELO
JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

Itaperuna/RJ

2021

PEDRO HENRIQUE LIMA COELHO

**O ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ: SEUS EFEITOS E
APLICAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELO
JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

Monografia apresentada à
UniRedentor como parte dos
requisitos para a obtenção do
título de bacharel em Direito

Orientador(a): Danuza da Silva Crespo Bastos

Itaperuna/RJ

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

Acadêmico/a: Pedro Henrique Lima Coelho

Título: O ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ: SEUS EFEITOS E APLICAÇÃO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELO JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Natureza: Trabalho de Conclusão de Curso – TCC

Objetivo: título de Bacharel em Direito

Instituição: UniRedentor

Área de concentração: Direito

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Danuza da Silva Crespo Bastos

Prof. Me.

Orientador/a

UniRedentor

Carolina Assis Castilholi

Prof. Esp.

Fernanda Rosa Acha

Prof. Esp.

UniRedentor

RESUMO

Tendo em vista que frequentemente é possível verificar a aplicação do enunciado da súmula de n.º 70 do TJRJ, principalmente no crime de tráfico de drogas em todo o estado do Rio de Janeiro, pesquisa-se sobre os efeitos processuais da súmula, e sua aplicação no crime de tráfico de drogas pelo judiciário do Estado do Rio de Janeiro, de modo a verificar se tais aplicações se encontram em acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, é necessário analisar os princípios processuais penais e constitucionais relevantes ao tema, identificar sua recepção pelo sistema processual penal adotado e entender a natureza o depoimento dos agentes policiais. Realiza-se então, uma pesquisa qualitativa. Diante disso, verifica-se que a presença de um processo natural de mecanização do processo penal, a supressão do direito de defesa e a inversão da presunção de inocência, o que impõe a constatação de que o sentido amplo apresentado pela súmula tem potencial de trazer prejuízo ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: súmula. incompatibilidade. mecanização. jurisprudência.

ABSTRACT

Bearing in mind that it is often possible to verify the application of the statement of precedent nº. 70 of the TJRJ, mainly in the crime of drug trafficking throughout the state of Rio de Janeiro, research on the procedural effects of precedent, and its application in the crime of drug trafficking by the judiciary of the State of Rio de Janeiro, to verify whether such applications were chosen following the national legal system. For that, it is necessary to analyze the procedural, criminal, and constitutional principles, identify their reception by the adopted criminal procedural system and understand the nature or testimony of the police officers. Then, qualitative research is carried out. Given this, it appears that the presence of a natural process of mechanization of the criminal process, the suppression of the right of defense, and the reversal of the presumption of innocence, which imposes the observation that the broad meaning presented by the summary bringing to the legal system.

Keywords: docket. incompatibility. mechanization. jurisprudence

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. Desenvolvimento	8
2.1. Princípios Norteadores do Processo Penal	8
2.1.1 Do Princípio da igualdade processual	8
2.1.2 Do princípio do devido processo legal	9
2.1.3 Do princípio do contraditório e da ampla defesa	11
2.1.4 Do princípio do Juiz Natural	12
2.1.5 Da Persuasão racional do juiz	12
2.1.6 Do Princípio do “In dubio pro reo”	13
2.1.7 Do princípio da Presunção de inocência	13
2.1.8 Do princípio da publicidade	13
2.1.9 Princípio da busca da verdade	14
2.1.10 Do Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	15
2.1.11 Do princípio da Prova ilícita por derivação	16
3. A relação do processo penal e a CR/88 e os Sistemas processuais penais	16
3.1.1 O sistema processual adotado pela Constituição de 1988	18
3.1.2 Sistema acusatório	18
3.1.3 Sistema Inquisitivo	19
3.1.4 Sistema Misto	19
3.1.5 O sistema escolhido pelo CPP e o sistema atualmente adotado	20
3.1.6 O sistema utilizado na apreciação das provas e as provas propriamente dita	20
3.1.7 Da prova legal, certeza moral do legislador, verdade legal e formal	21

4. Apreciação de provas e as provas no Processo Penal	22
4.1. O sistema da prova legal, da verdade formal ou tarifado	22
4.2. O sistema da certeza moral do julgador (a intima convicção)	23
4.3. O sistema da verdade real, da persuasão racional ou do livre convencimento motivado	23
4.4. Da prova testemunhal	23
4.5. Da capacidade para ser testemunha	25
4.6. Peculiaridades entre testemunhas e informantes	25
4.7. O depoimento dos agentes de segurança nos crimes de tráfico de drogas	29
5. A súmula nº 70 do TJRJ e suas peculiaridades	31
5.1. A relação da súmula nº 70 do TJRJ com os princípios constitucionais e processuais	33
6. A mecanização do processo penal no crime de tráfico de drogas versus o resultado útil do processo	34
6.1. A sentença penal condenatória com único fundamento na palavra dos policiais é válida?	36
7. Considerações finais	41
REFERÊNCIAS E BIBLIOGRÁFIAS	43

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade a análise da aplicação dos institutos constitucionais, bem como processuais penais quanto a aplicação do Enunciado da Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com foco nas decisões condenatórias do crime de tráfico de drogas, disposto no artigo 33 da lei 11.343 de 2006.

Ainda será discutido a validade da recorrente prática dos magistrados no que concerne à sentença cuja fundamentação se restringe e “fundamenta”, basicamente apenas nos depoimentos das autoridades policiais e seus agentes que atuaram na fase inquisitorial daquele processo, bem como a elementos comuns na prática do crime de tráfico de drogas. Continuamente será questionado se o resultado útil foi alcançado no processo.

Há notórias e variadas questões fáticas e jurídicas que derivam da aplicação da súmula nº 70 do TJRJ pelo judiciário do Estado Rio de Janeiro. O presente estudo não visa levar a questão ao esgotamento, mas sim focar em determinados pontos de maior relevância, quais sejam: a validade da sentença fundamentada restritamente no enunciado da súmula nº 70; o valor probatório do testemunho e depoimentos dos policiais utilizados no processo; a mecanização do julgamento pelo judiciário nos processos de crime de tráfico de drogas; a análise do julgador de todos os elementos probatórios constante nos autos; a fé pública do agente suficiente para a imparcialidade.

O estudo foi realizado por meio de pesquisa teórica, dedutiva, de fundamento bibliográfico e normativo, com foco de expor os melhores posicionamentos doutrinários e, análise do tema com as normas pertinentes, quais sejam, as normas processuais e de as de teor constitucional.

A motivação para o presente estudo nasceu a partir de um caso específico, do jovem periférico, Rafael Braga, que ganhou notoriedade nacional. Onde o Magistrado entendeu pela sua condenação se baseando exclusivamente no depoimento dos policiais e com fundamento no Enunciado da súmula nº 70, ignorando a ínfima quantidade de entorpecentes que Rafael supostamente portava. Tal motivação renovou forças anos após o caso, a partir da prática forense, como

Estagiário Forense no Ministério Público do Rio de Janeiro, momento no qual foi possível identificar diversas demandas criminais e decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento das autoridades policiais.

2. Desenvolvimento

2.1. Princípios Norteadores do Processo Penal

Uma das questões que recebe muita atenção e é amplamente debatida pela doutrina, sendo até os dias atuais controvertida, é a conceituação dos princípios jurídicos, para Miguel Reale (1986, p. 60):

“Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”

O valor normativo de um princípio inserido no ordenamento jurídico é notório, sendo de fácil visualização dos mais variados princípios norteadores do processo penal em nossa atual Constituição Federal vigente. Todos igualmente relevantes para a promoção de um processo justo.

Marcellus Polastri (2014, p. 43) entende que “os princípios do processo penal se entrelaçam com as garantias constitucionais em relação de causa e efeito”.

Não há pretensão em se exaurir ou aprofundar-se nos princípios norteadores da legislação processual penal, pois se trata de um tema consideravelmente extenso e não é o foco principal do estudo, porém se faz necessário uma análise de alguns princípios que influem diretamente no foco da pesquisa.

2.1.1 Do Princípio da igualdade processual

Tal princípio advém do texto constitucional, exatamente no art. 5º, caput, da Constituição da República:

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

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Sem destaques no original)

Ou seja, todas as pessoas, quando partes do processo, terão as mesmas oportunidades, com o devido tratamento pautado na isonomia e, na igualdade na medida de suas igualdades e desigualmente, na medida de suas desigualdades. Assim sendo, é formado um processo no qual as partes devem possuir as mesmas condições e oportunidades de se manifestar, nomeada Renato Brasileiro (2014, p. 97), como “igualdade de armas”, a fim de ajudar no momento da sentença pelo juízo.

A paridade de armas se dá para que se possa cumprir um princípio muito amplo. Nas palavras de Luigi Ferrajoli (2006, p. 565) conceitua:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...), a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

O autor Kai Ambos (2008, p.77) ainda conceitua a paridade de armas como:

Segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes possam apresentar o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária.

Por conta deste princípio é garantido a possibilidade de que suas manifestações influencie o desfecho do processo, indo além de uma mera igualdade formal, tornando sua participação efetiva na construção dos autos, por fim, gerando um processo que tenha sua utilidade.

2.1.2 Do princípio do devido processo legal

O presente princípio garante o respeito ao contraditório e a ampla defesa para as partes, seja em processo judicial ou administrativo, bem como aos acusados, garantindo o emprego de todos os meios e recursos inerentes a sua posição.

Tal garantia consiste no direito das partes de não ser privada de sua liberdade e de seus bens sem que haja o devido processo legal, respeitado todos os ditames inerentes a legalidade do processo.

O princípio do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como a amplitude de defesa do acusado, encontram-se garantidos em texto Constitucional, nos incisos LIV e LV, do artigo 5º da Constituição da República que versam:

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

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

Falando ainda em plenitude de defesa como uma garantia do acusado no processo, está pode ser entendida como o direito do acusado ser ouvido, de ter acesso à defesa técnica, de ser informado pessoalmente dos atos praticados no processo, da oportunidade de se manifestar após a acusação, à publicidade e a motivação e fundamentos das decisões, de ser julgado por juízo competente e predeterminado, bem como ao duplo grau de jurisdição e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Ainda sobre o princípio do contraditório, brevemente sobre provas Renato Brasileiro (2017, p. 53) conceitua como:

A prova há de ser produzida não só com a participação do acusador e do acusado, como também mediante a direta e constante supervisão do órgão julgador. De fato, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º, com redação dada pela Lei nº 11.719/08). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como prova, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.

2.1.3 Do princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa estão para além da informação e a mera presença nos atos processuais, está mais para que todas as manifestações, argumentos e provas sejam devidamente analisados e valorados pelo juízo.

O princípio do contraditório está previsto no art. 5º, da Constituição da República e é garantido tanto ao processo judicial como no administrativo, juntamente com o princípio da ampla defesa. No caso do princípio do contraditório, este é visto como a garantia das partes não apenas integrarem o processo, mas sim participarem, com efetivas contribuições, podendo produzir suas provas e sustentar suas razões, bem como ter tudo apreciado e valorado pelo juízo.

Após a reforma do Código de Processo Penal, pela Lei 11.690 de 2008, o artigo 155, limitou o livre convencimento do juízo na apreciação das provas, ficando vedado decisões que se baseie apenas em elementos expostos na fase inquisitorial. Para Fernando Capez (2014, p. 114), o contraditório foi fortalecido pela reforma do Código de Processo Penal, principalmente no que tange a limitação ao livre convencimento do juiz no apreciação das provas. Observando ainda as provas cautelares e não repetíveis e mantendo a interpretação jurisprudencial já existente, a qual estabelecia que a prova de inquérito policial não poderia ser usada exclusivamente para condenação do réu.

No mesmo sentido do citado autor, Alexandre de Moraes (2013, p. 110) versa que “o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo”.

Quanto ao princípio da Ampla Defesa, ele é sempre atrelado intimamente ao princípio do contraditório pela doutrina, podemos estabelecer que tal princípio não se trata de uma vertente ou uma outra face do princípio do contraditório, que não passa da garantia de participação, ou seja, a parte deve ter o direito de ter ciência e até discordar de qualquer manifestação que o desfavoreça no processo. Já no caso da Ampla Defesa é imposta a realização efetiva dessa participação, podendo até ocorrer em pena de nulidade, se houver prejuízo do réu.

O princípio da Ampla Defesa está disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, podendo se traduzir no dever de o Estado sempre dar a oportunidade do acusado a defesa mais completa quanto o possível, chegando a dispor até de gratuidade na prestação de assistência jurídica integral quando preciso, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Por fim, é relevante ressaltar que a ordem natural do processo influi desse princípio, sendo sempre preconizado a defesa o direito de se manifestar por último.

2.1.4 Do princípio do Juiz Natural

Segundo este princípio, o juiz natural é aquele que é previamente conhecido e investido, conforme as regras objetivas de competência estabelecidas para o ilícito previsto, sendo protegido pelas garantias que asseguram um atuar imparcial e independente.

A partir desse princípio veda-se a criação de tribunais de exceção, ou seja, não pode ocorrer a criação de tribunais para julgar o agente após a prática do ilícito. A previsão legal do princípio do Juiz Natural é extraída do Artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, ao dispor que ninguém será sentenciado senão pelo juiz competente. Assim sendo, todos os indivíduos que eventualmente cometam uma prática ilegal têm a garantia constitucional de ser submetido a julgamento apenas pelo órgão do Poder Judiciário previamente constituído e revestido das garantias institucionais e pessoais na forma da constituição.

2.1.5 Da Persuasão racional do juiz

O presente princípio tem ligação direta com o sistema da prova legal, no qual, a tarificação das provas se dá por critérios objetivos dos elementos de prova. No caso o juiz deve se basear em estritos elementos que compõem o processo para decidir, sempre observando os critérios racionais e críticos, com base no instituído juridicamente.

2.1.6 Do Princípio do “*In dubio pro reo*”

Tal princípio tange na possibilidade de o Estado não conseguindo angariar provas suficientes da materialidade e da autoria do crime, dessa forma deve decidir a favor do acusado. O princípio se faz valer, pois a garantia constitucional a liberdade do indivíduo prevalece sobre a pretensão punitiva do Estado.

A base do princípio do “*In dubio pro reo*” pode ser encontrado no Artigo 386, inciso VI, do Código Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

2.1.7 Do princípio da Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência se dá em três momentos em apartado: Inicialmente no momento da instrução processual, como presunção relativa de não culpabilidade e a inversão do ônus da prova; em um segundo momento, durante a apreciação da prova, valora-se a favor do réu quando há dúvidas; por fim, no curso do processo penal, que se dá no tratamento daquele, sendo observado e analisado, principalmente no que tange a necessidade de prisão processual.

Como base legal, podemos observar o texto do artigo 5, inciso LVII, da CR, no qual, é estabelecido que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2.1.8 Do princípio da publicidade

O princípio da publicidade é um dos pressupostos de validade dos atos processuais e, também, das decisões tomadas pelo judiciário. Sendo fundamental a ciência das partes, para que o processo seja justo e eficaz, respeitando assim o princípio do contraditório e o da ampla defesa.

Essa garantia estabelece que todos terão acesso aos atos praticados no curso do processo, objetivando assegurar a transparência da atividade jurisdicional. Como regra todos os atos no processo penal são públicos, dificultando quaisquer

excessos ou arbitrariedades no curso do processo, garantindo de igual forma a possibilidade de fiscalização da justiça.

O princípio da publicidade se encontra no artigo 93, inciso IV, da Constituição da República e estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e igualmente fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ainda podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (decreto 678192), estabelece em seu artigo 8º, §5º, que “o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

2.1.9 Princípio da busca da verdade

Na teoria, o juiz deve buscar pela realidade de como os fatos ocorreram, nunca podendo apenas aceitar como verdade absoluta o material que se extraiu dos autos.

Com base no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, ao juízo é facultado, de ofício, determinar, no curso da instrução ou mesmo antes de proferir a sentença, que se realize diligências para dirimir dúvida sobre algum ponto que considere relevante, mas ressaltando que essa atuação se dará de forma subsidiária, complementar, sob pena de violação do princípio do devido processo legal e à garantia da imparcialidade do magistrado. Tal possibilidade é natural do processo penal, totalmente diferente a esfera civil, onde o juízo se limita aos elementos trazidos nos autos pelas partes.

Isso se dá pelos direitos tratados no direito penal, como o direito à liberdade e locomoção, ambos direitos indisponíveis. Devendo o juiz, fazendo a vez do estado, buscar de todas as formas possíveis, observando os limites legais, a verdade dos fatos.

Já para Renato Brasileiro (2017, p. 80), atualmente é impossível se alcançar a verdade absoluta no processo penal:

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela perseguição penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade.

O sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, promove a segurança necessária para o devido processo legal, e a Constituição da República veda ao juízo praticar atos que são típicos das partes, assim preservando sua imparcialidade. É importante salientar neste momento que esse princípio sofre com limitações do próprio processo penal, como é o caso do princípio que trataremos a seguir.

2.1.10 Do Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A partir do presente princípio não se permite a admissão de provas ilícitas, entendendo-se como ilícita todas as provas que foram produzidas em despeito às normas, tanto de direito material, como de ordem constitucional, com a prática de um ilícito de qualquer natureza. A prova nesse caso é nula de pleno direito. O princípio ora discutido tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LVI, da CR.

Por fim é importante apontar uma breve diferença da norma lícita para a ilícita, sendo esta aquela que é produzida sem observância das regras processuais, com a devida responsabilidade dos responsáveis pelas transgressões. Subdividindo-se ainda em nulidade absoluta ou relativa, ou uma mera irregularidade.

2.1.11 Do princípio da Prova ilícita por derivação

Esse princípio, também, recebe a nomenclatura de “Teoria dos furtos da árvore envenenada”, com previsão no artigo 157, §1º do CPP, que classifica como inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo os casos em que não fica evidenciado o nexo de causalidade entre as duas provas, ou também, quando a prova derivada pode ser obtida por outro meio que não a primária.

Em seu livro Fernando Capez (2010, p. 135), cita que essa classe de provas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – fruits of the poisonous tree - teoria essa que versa acerca do vício da planta que passa a todos os seus frutos. A decisão da corte, em 1920, passou a não admitir que as cortes americanas admitissem qualquer prova advinda de práticas legais, ainda que elas próprias se passassem como lícitas.

3. A relação do processo penal e a CR/88 e os Sistemas processuais penais

Nossa primeira legislação em código foi o processo penal criminal de primeira instância, por volta de 1832, mas foi apenas em 1941 que o atual código de Processo Penal vigente foi criado. A elaboração deste código foi feita em meio ao regime fascista que assolava a Itália, fato este que colaborou para a elaboração de um código extremamente rígido e autoritário.

Apenas a título de exposição, o antigo artigo 312 do CPP, constante da redação original, instituía que em crimes nos quais a pena abstrata fosse superior a dez anos, deveria ser decretada automática e obrigatoriamente a prisão preventiva do acusado, como se fosse inegavelmente culpado. No mesmo sentido, o antigo artigo 596 do CPP, versava que mesmo em caso de sentença que julgasse improcedente determinada pretensão punitiva, não era suficiente para dar ensejo a liberdade do acusado.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por

crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

Debatendo o mesmo tema, Marco Aurélio Silveira (2016, p. 264). em um trecho de seu artigo versa que:

Atualmente, o papel da Constituição de 1988, com seu amplo rol de garantias processuais penais, vem eclipsado pela circunstância de se tratar o Código de Processo Penal de uma lei autoritária, surgida num momento de violenta centralização política. Nada obstante, importa sobremaneira problematizar as velhas concepções doutrinárias e, se for o caso, delas abrir mão, na direção da construção de um direito processual penal democrático e adequado à Constituição da República. Eis por que é indispensável, aqui, o adequado entendimento do contexto histórico de criação da legislação processual penal em vigor.

O Código de Processo Penal brasileiro é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, de nominado de Estado Novo.

Após o período autoritário, a atual constituição da República, com um caráter muito mais garantista, seguiu de uma forma totalmente oposta ao autoritarismo imposto pelo código de Processo penal até então, onde o valor da segurança pública e do potencial perigo que o suposto infrator exercia na sociedade. Nesse novo sistema, observa-se um sistema com efetivação de garantias individuais. O processo penal que até então era apenas utilizado como forma de impor uma punição, passo a ter um caráter de garantia para o indivíduo frente ao poder estatal.

A doutrina, por vezes, insere diversas críticas a validade de determinadas disposições do código de processo penal, para Aury Lopes (2017, p. 227), é necessário que se faça uma interpretação lógica de todo ordenamento jurídico, bem como de maneira sistemática. Sendo o processo penal visto e usado como meio de se efetivar as garantias constitucionais.

Ainda com a forte raiz autoritária do código de processo penal, o que não se findou por completo com as alterações ora sofridas, sendo possível observar, até os dias atuais, aplicadores do direito que agem completamente em desacordo com o atual cenário garantista que a Constituição estabelece, muitas das vezes até insistindo na aplicação do processo penal de modo inquisitivo, sem respeito algum ao ordenamento estabelecido.

Em uma análise constitucional quanto ao processo, é possível verificar que os ditames e rigores impostos pelo ditame legal busca garantir que as partes tenham uma certa igualdade dentro do processo, desde a constituição do juiz, a obrigação da participação da defesa.

3.1.1 O sistema processual adotado pela Constituição de 1988

Sistema, que no âmbito jurídico, nada mais é que o conjunto de normas coordenadas entre si, intimamente correlacionadas e que funcionam de forma sistêmica dentro do mundo jurídico. Com a devida análise dos princípios processuais inseridos no código penal de certo Estado, foi possível identificar ao todo, três sistemas processuais.

Em sua obra literárias, Renato Brasileiro (2017, p. 38 e seg.), aponta e conceitua os como Inquisitivo, Acusatório e misto:

3.1.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório perdurou por milênios, principalmente nas antigas Grécia e Roma, posteriormente vindo a ruir e ceder espaço ao sistema inquisitivo na maioria dos países, um ou outro determinado país ainda se assemelha ao sistema acusatório mais rígido.

As principais características de um sistema acusatório é a separação das funções de acusar, julgar e defender, todas como partes distintas e colocando à acusação e defesa como partes contrapostas, porém em igualdade. Sendo, também, público, sem taxatividade e valoração preestabelecidas, bem como garantido ao réu a presunção de inocência. Nesse sistema o acusado é visto como um sujeito de direitos e merecedor de respeito a suas garantias.

É possível identificar que o sistema acusatório se destoa através da posição dos sujeitos no processo e pela gestão da prova. Além da igualdade das partes no processo, que garante a produção do material probatório de forma exclusiva pela parte de direito, com às garantias do contraditório, da ampla defesa, bem como da publicidade.

3.1.3 Sistema Inquisitivo

O nome “sistema inquisitivo” vem da inquisição (A Santa Inquisição), que tinha como finalidade investigar e punir os hereges, sendo a aplicação confiada aos membros do clero.

No âmbito jurídico, propriamente dito, esse sistema ganhou forma na Europa e foi adotado até o século XVIII. Suas principais características, se encontram no fato de o juiz reunir às funções de acusar, julgar e defender o acusado, que acaba por ser um objeto comum do processo. Além disso é um processo sigiloso, além de todo o poder, desproporcional e incompatível investido ao julgador, o que certamente não contribui para a imparcialidade e aplicação de princípios constitucionais, como no caso do contraditório, onde é necessária uma contraposição entre defesa e acusação.

Nesse sistema o julgador tem exclusiva iniciativa da produção de provas, podendo, tanto no curso do processo ou das investigações, instituir *ex officio* a produção de tais provas.

A principal crítica a esse sistema é o fato de o acusado não ser considerado uma parte importante do processo, ser rebaixado a praticamente nada, sem direitos ou garantias, permitindo basicamente “tudo” para se obter uma confissão ou determinadas provas. De certo, este sistema se demonstra completamente incompatível com qualquer estado democrático de direitos.

3.1.4 Sistema Misto

O último sistema da lista, o Misto, teve seu início, por volta do ano 1800, quando ainda um sistema Inquisitorial do Código Napoleônico, depois passou a sofrer diversas alterações, e essa espécie de “Frankenstein” jurídico se resultou uma espécie de união entre os sistemas Inquisitivo e Acusatório, como o nome já expõe intuitivamente.

Esse nome e o conceito se dá pelo fato de que nesse sistema, a primeira fase é marcada pela ausência de princípios garantistas, como o do contraditório, fato estreitamente inquisitorial, com o objetivo de apurar a materialidade e a autoria delitiva, outrora, já em segunda fase, com maior semelhança com o sistema

acusatório, presente agora o princípio do contraditório, bem como os princípios da publicidade e a oralidade.

3.1.5 O sistema escolhido pelo CPP e o sistema atualmente adotado

A princípio remete que a Constituição da República de 1988 adotou o sistema acusatório, pelas distinções das funções de acusar e julgar, imparcialidade do juiz, além dos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de vedar expressamente qualquer decretação “*ex officio*”.

O código de processo penal, como já citado, se inspirou em um sistema fascista, portanto ostentava características análogas, entretanto o sistema adotado pelo legislador foi o misto, pois embora houvesse em seu texto a separação das funções defensivas, de acusação e de julgar, bem como a garantia do contraditório no processo, permaneceu a figura do juiz “poderoso”, revestido dos poderes “*ex officio*” em fase de investigação. Já na fase processual era possível verificar as características do sistema acusatório.

Com o acontecimento da promulgação da atual Constituição da República em 1988, houve a inserção de diversos princípios e garantias individuais e processuais. Verifica-se que a partir desses acontecimentos o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro foi o acusatório, em moldes mais modernos e inspirados no sistema Europeu da época.

3.1.6 O sistema utilizado na apreciação das provas e as provas propriamente dita

Provas, palavra que deriva do latim *probatio*, pode ser conceituada como o conjunto ordenado de atos praticados pelas partes, por terceiros e até mesmo pelo juiz, com a finalidade de formar a convicção do magistrado acerca da existência ou inexistência de um fato, ou até mesmo a falsidade ou veracidade de determinadas afirmações como aponta.

Segundo o doutrinador Fernando Capez (2014), existem circunstâncias fáticas que não dependem de prova, como é o caso dos fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos notórios, presunções legais e fatos inúteis. Na mesma obra o autor conceitua

que os meios de prova são “tudo aquilo que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”, o ônus nesse caso é facultado a ação da parte, observados os tramites lícitos impostos, toda as provas ilícitas são vedadas, podendo ser nulas relativa ou absolutamente, como já visto, as provas ilícitas são aquelas que são obtidas sem o respeito a norma constitucional ou legal, incluindo todas as provas derivadas.

3.1.7 Da prova legal, certeza moral do legislador, verdade legal e formal

Ainda com uso da obra de Fernando Capez (2014), conceituaremos mais alguns pontos. O sistema da prova legal, estabelece ao juízo um certo rigor ao tramite e acatamento as normas capituladas, cada meio de prova recebe um taxativo valor a ser atribuído, dessa forma, busca vedar discricionariedades, como a proibição de que se faça juízo de valor após a análise da prova.

Quanto ao sistema da certeza moral do legislador, não há valoração legal da prova, o julgador tem total liberdade para valorar a prova. A íntima convicção do juízo é tudo, sem quaisquer critérios de valoração para as provas. Como exemplo de tal, podemos citar o conselho de sentença do tribunal do júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, onde os jurados integrantes do júri popular proferem o seu voto sem a necessidade de qualquer tipo de motivação.

Quanto ao sistema adotado por nosso Código de Processo Penal é importante apontar algumas das suas características, como a obrigatoriedade de a prova ser produzida sobre o crivo do contraditório judicial para que se integre como fundamento de uma sentença condenatória no processo penal.

Outro exemplo é o art. 155, caput, que dispõe; “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Pelo exposto, podemos concluir, com embasamento na obra do autor (CAPEZ, 2014), que não quaisquer critérios legais prefixados para valoração probatória, tendo o juízo uma certa liberdade para formar sua convicção, porém tal liberdade não é revestida de caráter absoluto, pois necessário é que o julgador

demostre as razões que motivaram a escolha a determinadas formalidades legais. Tal sistema se configura de maneira a viabilizar a busca da verdade real, sem permitir excessos por parte do julgador, deixando um amplo leque de possibilidades a sua disposição.

4. Apreciação de provas e as provas no Processo Penal

As provas são o conjunto de atos praticados pelas partes e por todos os demais sujeitos do processo, e segundo (CAPEZ, 2014), com a finalidade de formar a convicção do magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato, bem como quanto a falsidade ou legitimidade de uma determinada alegação.

Na mesma obra, Fernando Capez (2014), aponta que há circunstâncias fáticas que não dependem de prova, sendo os fatos axiomáticos ou intuitivos, que são evidentes, em razão de um grau de certeza que se tem conhecimento sobre algo. Segundo, os fatos notórios, os fatos considerados uma verdade amplamente conhecida. As presunções legais, que nada mais é, que aquilo que é apontado pela própria lei, e por fim os fatos inúteis, aqueles que não tem influência na apuração da verdade no caso.

Ainda importa apontar, que os meios de prova são todas as manifestações que possam corroborar, direta ou indiretamente, presentes no processo, e usados para se tentar alcançar a verdade absoluta no processo.

4.1. O sistema da prova legal, da verdade formal ou tarifado

O sistema legal estipula um rigoroso tramite de regras a ser seguido pelo magistrado, como a taxatividade do valor atribuído para cada um dos meios de prova, dessa forma não resta margem de discricionariedade para que o julgador mesmo depois de analisar a prova atribuir a ela um juízo de valor. Em tese, não se admite que uma convicção pessoal do magistrado seja usada para valorar o contexto probatório, mas sim que seja seguido o determinado legalmente.

4.2. O sistema da certeza moral do julgador (a intima convicção)

No sistema da certeza moral do julgador, também conhecido como a intima convicção, não se aplica a valoração legal da prova, o juízo tem liberdade ilimitada para valorar a prova, a mera convicção do juiz já basta, não sendo necessário qualquer taxaço prévia. Como exemplo, o sistema aplicado no conselho de sentença, responsável pelo julgamento de crimes dolosos contra a vida. O jurado quando na posição de julgador popular profere seu voto sem a necessidade de qualquer motivação ou fundamentação, se baseando meramente em sua convicção pessoal.

4.3. O sistema da verdade real, da persuasão racional ou do livre convencimento motivado

No presente sistema, há previsão legal, localizada no art. 155 do Código de Processo Penal, que estabelece que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Mais uma vez estamos diante de um sistema, no qual não há qualquer critério legal já previamente fixado para a valoração probatória, sendo o juiz livre para formar sua convicção no caso. Entretanto, tal liberdade não é ilimitada e muito menos absoluta, sendo necessário que o magistrado externe os motivos que determinaram sua opção, além da necessidade de obedecer a certas formalidades legais. É possível identificar um misto, no qual exige a busca da verdade real dos fatos, sem que seja entregue total liberdade ao magistrado.

4.4. Da prova testemunhal

Mais uma vez a obra de Fernando Capez (2014), será um guia para conceituar alguns elementos, para o doutrinar, testemunha é toda pessoa idônea, que é estranha ao feito, que seja imparcial, com a capacidade plena para depor e que participa do processo por iniciativa própria, convocada pelo juízo ou sendo

chamada pelas partes, para falar sobre os fatos que tenha conhecimento ou para prestar esclarecimentos acerca de algum acontecimento.

É importante apontar duas características principais da prova testemunhal, sendo uma a judicialidade, que se presume na necessidade de que seja produzida em juízo, noutro a segunda é a oralidade, sendo a regra, que a prova deve ser produzida de forma oral, dando viabilidade ao pleno contraditório.

A prova testemunhal, exteriorizada pelo depoimento, é uma manifestação de conhecimento com muito ou poucos detalhes acerca de um fato no qual se busca esclarecimento e que pode ser corroborada ou desmentida em outras ocasiões no decorrer do processo. As convicções extraídas da reprodução oral do conhecimento dos fatos são relacionadas as demais provas, a fim de verificar sua provável veracidade e possibilidade.

Quanto a presunção de veracidade dos depoimentos, se faz necessário a citação do ilustre autor Marcellus Polastri (2014, p. 88):

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

Na sequência, sobre a valoração da prova testemunhal pelo juízo, verificamos a imprescindibilidade da prova testemunhal se fundamentar com base na necessidade do juízo, dando a devida importância àquele que está mais intimamente próximo ao fato, apercebendo-lhe, na maioria dos casos, visualmente. Sendo para tanto a prova testemunhal uma noção de verdade acerca dos fatos, mesmo assim não deve ter classificada como verdade absoluta e incontestável, ora que a verdade

humana sempre será relativa, pelos mais diversos motivos, observado sempre os casos já apontados como presumidos.

4.5. Da capacidade para ser testemunha

O artigo 202 do Código de Processo Penal estabelece que qualquer pessoa pode ser testemunha, já no processo civil há distinções, classificando apenas todas as pessoas que estejam em condições físicas para contribuir para a verdade real dos fatos analisados em sede judicial. É importante apontar que não há vinculação quanto a capacidade jurídica. Essa maior flexibilização quanto a possibilidade de se testemunhar no processo penal se dá pela necessidade de obter maior certeza quando a veracidade dos fatos, dado a natureza do bem maior em foco nesse ramo do direito.

Sendo relevante apontar, que embora não haja vedações quanto a capacidade de testemunhar no processo penal, ainda há a necessidade de que o juízo examine a pertinência e idoneidade de cada testemunha que se apresenta perante o juízo.

Ainda quanto ao Código de processo penal, o artigo 206 aponta que algumas pessoas determinadas podem livremente se recusar a depor, e o artigo 207 do mesmo diploma legal aponta algumas pessoas que são proibidas de depor.

4.6. Peculiaridades entre testemunhas e informantes

Inicialmente é necessário identificar algumas características das testemunhas, as quais, em regra assumem o compromisso de dizer a verdade, na forma do artigo 203, do Código de Processo Penal, junto com a devida observação do artigo 342 do mesmo diploma legal, que institui punição às alegações inverídicas.

Já de início, no depoimento a testemunha é tomada pelo compromisso legal, devendo relatar exatamente tudo aquilo que sabe, não podendo se eximir ou se calar quanto ao que sabe, de obvio, não pode omitir ou prestar informações que sabe ser inverídicas.

Já no caso do informante, é aquele que presta declarações sem que seja tomado o compromisso de dizer a verdade disposto no artigo 203 ou incorrendo na infração do 342 do Código de Processo Penal.

O depoente é classificado como informante sempre que estiver diante de um caso, no qual sua imparcialidade esteja comprometida, como supracitado, as declarações são tomadas sem o compromisso em dizer a verdade, a autora Paola de Castro (2015, p. 35) versa que “embora os depoimentos destas pessoas possam ajudar na apuração dos fatos, os depoentes deverão ser ouvidos na qualidade de informante”.

Embora o informante não preste o compromisso legal de dizer a verdade, suas declarações não podem ser ignoradas ou tomadas logo como inverídicas, entretanto na prática é possível identificar que os magistrados do Estado do Rio de Janeiro, nas ocasiões onde as declarações dos informantes deveriam ser revestidos de um maior valor e utilizado como meio de prova capaz de influenciar o convencimento do juízo, estes não consideram com seriedade as declarações dos informantes, dando pouca ou nenhuma relevância ao seu depoimento.

Em uma análise ortodoxa da jurisprudência do Estado carioca, podemos identificar que essa distinção na valoração é ainda mais recorrente quando há em contrapartida o depoimento de um policial, que assume o compromisso legal de dizer a verdade, nesses casos há valoração maior é quase sempre fundamentada pelo fato do agente policial ser revestido da fé pública quando agindo em exercício de sua função.

Colaciona-se a seguir jurisprudência nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. 1) Na espécie, policiais militares realizaram um cerco tático ao Morro do Castro, conhecido como local de tráfico de drogas, logrando surpreender o primeiro corréu com um radiotransmissor informando a movimentação a traficantes; abordado, admitiu ele exercer as funções de “atividade”; alegando passar necessidades e, acreditando negociar sua liberação, apontou então aos policiais uma casa próxima como sendo residência do “gerente” do tráfico, vulgo “Codorna”; diligenciando ao casa, a companheira do segundo corréu atendeu os policiais e, negando conhecer “Codorna” bem como o envolvimento do companheiro, franqueou-lhes a entrada na casa, onde, porém, em revista, os policiais encontraram uma mochila

contendo 250g de cocaína acondicionados em 570 tubos plásticos. Na ocasião, o segundo réu, que dormia, levantou-se e, admitindo a gerência do tráfico, informou que cada embalagem seria vendida por 10 ou 20 reais. 2) O depoimento dos policiais mostrou-se seguro e congruente, merecendo, à míngua de prova em contrário, total prestígio, a teor da Súmula nº 70 da Corte. Seria incoerente permitir aos agentes, afetos aos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, atuarem em nome do Estado na repressão criminal e, por outro lado, desmerecer suas declarações quando chamados para contribuir com a reconstrução do fato probandum. Daí porque, ao amparo do princípio da persuasão racional, somente se mostra razoável desacreditar tal prova quando contraditória, inverossímil, dissonante com os demais elementos dos autos ou quando pairarem dúvidas concretas acerca da idoneidade e imparcialidade dos depoentes - o que não se vislumbra no caso em apreço. 3) O testemunho dos policiais é corroborado, em certa medida, pelo primeiro corréu que, ao ser interrogado, admitiu a função de olheiro do tráfico, conquanto negando, por outro lado, conhecer o segundo corréu. De acordo com suas alegações, resolvera indicar aleatoriamente a casa por conta de agressões infligidas pelos policiais militares. Malgrado, inviável tributar total credibilidade às suas palavras, engendradas já em juízo, não se podendo perder de vista a perspectiva de que tenha negado a conexão com o segundo corréu por medo de ser descoberto como delator. 4) Dos testemunhos de defesa infere-se mais uma incredulidade quanto à ligação do segundo corréu com a traficância do que uma assertiva acerca da inexistência de drogas na residência, conforme pretende a defesa técnica ao sustentar a tese de flagrante forjado. **Ao ser ouvida na qualidade de informante, a companheira - há dois anos - do segundo réu disse que não havia cocaína na residência porque, com duas filhas pequenas, não se relacionaria com um traficante. Na mesma toada, deu-se o testemunho de seu pai, "sogro" do réu, também ouvido como informante.** Por sua vez, ao testemunhar sob compromisso, um motoboy contou ter ido ao local "para ver o tumulto", permanecendo lá por dois minutos. A rigor, os relatos não se prestam para infirmar a arrecadação do material entorpecente, de forma a concluir que os policiais tivessem forjado o encontro das drogas apenas para validar uma delação supostamente falsa e deliberadamente incriminar um terceiro inocente, de quem nunca tinham sequer ouvido falar. 5) Fixada a pena no mínimo legal, impossível sua redução além desse patamar, como pretende a defesa do primeiro corréu, encontrando tal pretensão óbice na Súmula nº 231 do STJ. O termo "sempre" contido na redação do art. 65 do Código Penal toma como premissa a assertiva de que compete a fixação do minimum minimorum da pena ao legislador, porquanto eleito para, em nome da sociedade, ponderar à luz do bem jurídico tutelado, o espectro da reprimenda sobre cujos patamares o julgador se balizará. Sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou em sede de

Repercussão Geral, superando a tese defensiva (RE 597270 QO-RG). Desprovimento dos recursos.

(TJ-RJ - APL: 00428832920158190002 RIO DE JANEIRO SAO GONCALO 5 VARA CRIMINAL, Relator: SUIMEI MEIRA CAVALIERI, Data de Julgamento: 06/03/2018, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/03/2018) ~(sem grifo no original).

APELAÇÃO - Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 - MP CONTRA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. Narra a denúncia que o apelado foi preso em flagrante quando guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 11,50g de maconha, distribuídos em 4 tabletes, e 7g de cocaína, acondicionados em 6 recipientes plásticos, além de três folhas de caderno contendo possíveis anotações sobre a mercancia de drogas. COM RAZÃO O MP: 1) Condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06: Cabimento. Conjunto probatório robusto. Materialidade positivada através dos Autos de Apreensão e dos Laudos Periciais. Autoria confirmada pela prova oral. Policiais militares responsáveis pela prisão flagrancial do apelado apresentaram versões uníssonas quanto à dinâmica da ação criminosa. O fato de o apelado e a sua esposa, ouvida em Juízo como informante, não terem corroborado a versão dos policiais, não macula a idoneidade das suas declarações, eis que aqueles não são obrigados a dizer a verdade. Inteligência do art. 208 do CPP. Aplicação do verbete 70 do TJRJ. Declarações do apelado e da informante que se revelam isoladas e fantasiosas diante do caderno probante. Confissão extrajudicial do apelado. O acondicionamento e a variedade são circunstâncias que indicam que as drogas, de fato, se destinavam ao vil comércio de entorpecentes. Dou provimento ao recurso ministerial para condenar o apelado pela prática do crime capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Assim, fica o apelado WERLLEN RANGEL ROCHA condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO.

(TJ-RJ - APL: 00139294320158190011 RIO DE JANEIRO CABO FRIO 2 VARA CRIMINAL, Relator: GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/10/2017, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/10/2017) ~(sem grifos no original).

Além das aplicações mencionadas, há diversos outros no mesmo sentido, sendo possível verificar que as declarações dos informantes são apreciadas com total descrédito pelo julgador, todavia o juízo goza de prerrogativa a formar o seu livre convencimento para fundamentar suas decisões e nada impede que sua

convicção venha a ser formada por depoimentos prestados sem o compromisso legal de dizer a verdade.

4.7. O depoimento dos agentes de segurança nos crimes de tráfico de drogas

A prova testemunha é sem dúvidas uma das melhores e mais importantes formas de se instruir o processo, ora a dificuldade se obter outros meios de provas mais robustos, como filmagens ou documentos, sendo as declarações dos agentes policiais, grande parte das vezes a única testemunha e meio de prova, toda via, há fragilidades e desconfianças a serem destacadas ao se versar sobre tal meio de prova.

O depoimento dos agentes policiais é meio de prova de extrema importância, porém a falibilidade da pessoa humana acaba por colocá-lo em vigilância, ora que é muito comum os depoimentos serem carregados de uma grande carga emocional e particular, o que pode levar a distorções do que o agente de fato sabe e o que acredita saber.

A realidade nas comunidades dominadas pelo crime, é de uma imensa repressão praticada por facções contra pessoas no geral, controlando determinadas ações e comportamentos, além da forte retaliação contra os moradores que ousam prestar depoimento, ou de qualquer forma, mesmo que de maneira informal, denunciar ou passar informações acerca das práticas da facção criminosa ou de seus membros. Nas localidades onde o tráfico e as facções estão mais presentes a força estatal se faz mais fraca, não sendo possível propor segurança ou formas de coibir essas represálias, imperando um verdadeiro estado paralelo de medo, onde os inocentes que presenciam os fatos criminosos, também, são vítimas das ameaças e crueldades praticadas pelos criminosos.

De obvio, que os agentes policiais, também, são pessoas, da mesma natureza humana, dispostos e suscetíveis as mesmas violências, bem como a ameaças e perseguições praticadas pelas facções e criminosos no geral. Toda via, tais fragilidades e a falta de amparo as outras pessoas que poderiam testemunhar, não é suficiente para autorizar que o judiciário faça uma valoração absoluta dos

depoimentos dos agentes policiais, e promova um descarte total das declarações das pessoas que se apresentam em juízo para prestar sua contribuição com o que sabe dos fatos.

Cabe destacar que não há defesa a desqualificação total das declarações dos agentes policiais como meio de prova, com toda a certeza tal prova é revestida de grande relevância para o processo, pois muitas das vezes os agentes além de participarem da prisão do acusado, também, atuaram nas investigações e do curso do inquérito policial, vivendo o que de fato aconteceu, proporcionando-lhes a possibilidade de uma narrativa rica de detalhes, mas não é o caso de todos os depoimentos dos agentes, pois na maioria absoluta dos casos, os policiais estavam em patrulhamento de rotina, em local onde há conhecimento da prática de tráfico, ou em verificação de denúncias.

De mesma importância, vale destacar que as instituições policiais, principalmente as militares ainda carregam uma postura autoritária do período da ditadura, concomitantemente estão inseridos há anos em uma política falida de guerra às drogas, além de ser uma das polícias mais letais de todo o mundo. Segundo o Instituto de Segurança Pública (ISP Dados), apenas com relação a número de mortos ligados a operações da polícia do Estado do Rio de Janeiro, em 2018 foram 1.534 (mil quinhentos e trinta e quatro) óbitos, já no ano de 2019 aumento um total de 18%, totalizando 1810 (mil oitocentos e dez) vítimas fatais, e já no ano de 2020, mesmo em ano pandêmico e de afastamento social o número de mortos pelos policiais chegou a 1.239 (mil duzentos e trinta e nove).

No mesmo sentido ainda é importante destacar que esses são os números oficiais destacados pelo instituto de pesquisa, não sendo possível mensurar os números das mortes das quais não se há registro, bem como da ação de milícias¹ por todo o Estado do Rio de Janeiro, que segue em crescimento contínuo a muitos anos.

¹ A milícia é um poder paralelo, que não integra as forças armadas ou de polícia de um país, composta por militares, paramilitares ou civis armados.

Ainda nesse sentido colaciona-se trecho do artigo “A confiança da população brasileira nas instituições de segurança”, publicada pela Revista Técnico-Científica Das Faculdades Atibaia:

A desconfiança em relação à PM, aumenta nos grandes centros, como no Rio de Janeiro, onde atinge 77% dos entrevistados. Os jovens (de 16 a 34 anos) são os que mais temem a polícia. Surpreende o fato da população de menor renda (D e E) que, com freqüência, é alvo das arbitrariedades policiais, é a que tem maior índice de confiança nessas corporações (Pesquisa DataFolha, 2000, apud NEV, 2001, p. 116).

Por fim, ressalta-se a própria súmula de n.º 70, que continua a ser aplicada indiscriminadamente pelos magistrados para fundamentar suas decisões condenatórias, principalmente no crime de tráfico, e contra um perfil de uma classe sociais mais desfavorecidas, igualmente suas testemunhas de defesa e informantes do processo. Embora a palavra seja oportunizada, não confere efeitos no processo, sendo descartada em detrimento da palavra dos agentes policiais, que pode ser apontada como único fundamento condenatório.

5. A súmula nº 70 do TJRJ e suas peculiaridades

As súmulas, em um contexto jurídico, são o entendimento solidificado da jurisprudência de determinado tribunal, frente a conflitos jurisprudenciais sobre determinada matéria, sendo constituídas por um conjunto de enunciados com organização em verbetes. As súmulas têm como objetivo proporcionar estabilidade ao ordenamento jurídico, a fim de que o mesmo tribunal não decida, recorrentemente de maneira diversas acerca da mesma matéria, servindo como uma direção a ser seguida pelos julgadores, quando na análise de matéria semelhante.

As súmulas podem ser caracterizadas de duas formas, podendo ser vinculante ou não, sendo vinculantes quando emitidas pelo STF, com eficácia *erga omnes*, e vinculando todo o judiciário nacional, bem como a administração pública. Entretanto, no geral, as súmulas não possuem tal caráter, não podendo engessar o julgador com um entendimento pré-estabelecido, em nome da segurança jurídica.

De certo, que os magistrados de primeira instancia, são aqueles mais ligados à noção dos fatos e das provas constantes do inquérito, devendo atuar com a melhor análise das peculiaridades do caso e se alcançar a melhor decisão para aquele. Toda via, o que se observa é que a liberdade do juízo fica viciada diante de algumas súmulas, de modo que os julgadores passam a tratar, na prática, as súmulas não vinculantes como se fossem. Como é o caso a súmula n.º 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que versa em seu enunciado: O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.

Tal súmula teve aprovação de seu enunciado em agosto de 2001, pelo Centro de Estudos e Debates (CEDES), com fulcro no artigo 122 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na oportunidade, na qual ocorria o 1º Encontro de Desembargadores do Tribunal do Rio de Janeiro, em Angra dos Reis, nos dias 24 a 26 da data supramencionada.

É importante citar que sua aprovação se deu de maneira unânime e, de seu enunciado nasceu a possibilidade do acusado ser preso e até mesmo condenado, única e exclusivamente com base no depoimento policial.

Segundo a doutrinadora Paola Fernandez de Castro (2015), levanta dois questionamentos relevantes, quais sejam, primeiro o fato de não ser possível identificar os estudos que motivaram o CEDES, a apresentar tal enunciado, e segundo, o fato do enunciado não se importar com as diversas peculiaridades que gravitam acerca da prova policial, o que acaba por tornar o enunciado em um instrumento que legitima e valoriza excessivamente das declarações das autoridades policiais. Em momento algum o verbete classifica que as declarações como robusto meio de prova, mas permite que uma sentença condenatória se baseie exclusivamente apenas no depoimento policial, sem que fosse exigido nenhuma outra forma ou que fosse determinado um limite, ou no mínimo um sopesamento com as demais eventuais provas.

5.1. A relação da súmula nº 70 do TJRJ com os princípios constitucionais e processuais

Versa o enunciado da sumula nº 70 do TJRJ: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”, porém tal disposição jurisprudencial não é dotada de pleno acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que se relacionam direta e indiretamente com o assunto.

Como já apresentado anteriormente, a Constituição da República de 1988 tende a uma posição inquestionavelmente garantista, estabelecendo garantias aos indivíduos que são invioláveis, como é o caso do devido processo legal e adotado o sistema processual acusatório. Já o processo penal é o instrumento, pelo qual o Estado exerce seu poder punitivo contra aqueles que agem contra o as disposições penais.

Alguns dos princípios bases e uns dos principais são o contraditório e a ampla defesa, e ainda a vedação da utilização de prova tarifada, ao ponto que no processo as partes devem ter paridade de armas, bem como a ingerência nos atos processuais, a fim de influenciar na formação do livre convencimento do julgador, que deve motivar a decisão quando acreditar ter alcançado a verdade dos fatos, o que não significa necessariamente que está conclusão seja verdade absoluta.

Logo podemos perceber que ao confrontar o enunciado da súmula de nº 70, com os princípios constitucionais e de ordem processual penal, já se nota a disparidade na qual se colocou o acusado frente ao Estado, observado que este detém todo o aparelhamento para que forme o contexto probatório para a condenação do acusado, colocando nas mãos do magistrado uma forma de possibilitar uma sentença com base em um meio de prova, acima de todos os princípios citados.

Como supramencionado é impossibilitado pelo ordenamento jurídico a instituição de provas tarifadas, entretanto, na prática, os julgadores quando no momento de valorar as provas dos autos, a fim de se chegar a resolução da demanda, emanam especial atenção aos depoimentos prestados pelos agentes

policiais, acima de quaisquer outras provas, parecendo as vezes que está é a única parte que analisada no processo.

Dessa forma, o então acusado tem sua defesa inegavelmente ceceada pelo próprio estado que deveria garantir o seu direito, não lhe dando qualquer ingerência no processo, ora que mesmo que sustentada suas razões, estas não são revestidas de consideração ou qualquer valor na prática, de modo que não há mais o direito de presunção inocência ou dúvidas a favor do acusado, se em contrário há o depoimento prestado pelos policiais.

6. A mecanização do processo penal no crime de tráfico de drogas versus o resultado útil do processo

A partir da criação da súmula número 70 pelo TJRJ, no decurso do tempo, os julgadores, em todo o estado, passaram a se utilizar com frequência desse instrumento para fundamentar e justificar suas condenações. Ocorre que é possível observar uma aplicação muito repetitiva e característica nos crimes de tráfico de drogas, sendo que na maioria esmagadora dos casos, por motivos supramencionados, não há outras testemunhas além dos próprios agentes policiais que participaram diretamente da prisão, ou que trabalharam na investigação.

Isto posto, ainda cabe ressaltar o relatório (Relatório final de pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro, 2018) de pesquisa elaborada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que apontou ao final do estudo, que as sentenças judiciais, na área do Rio de Janeiro, se demonstram pré-estabelecidas, ora como se fosse um processo mecanizado, onde não se admiti divergir, sem a construção de elementos fundamentados nas peculiaridades do caso ora julgado, mas sim, seguindo todos da mesma forma, seja por conta da semelhança das narrativas dos fatos nos delitos da lei de droga, ou pelo simples ato de seguir o mesmo rito, e apontando que em 79,97% dos casos de condenações, é possível identificar que há um “modelo de sentença”, previamente pronto e preparado para alterar a realidade fática com o caso.

No mesmo sentido segue o Relatório final de pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro (2018, p.80):

O que se observa da leitura das sentenças desse tipo é que o uso indiscriminado da Súmula 70 para justificar a condenação com base apenas no depoimento dos policiais é resultado de uma interpretação do seu conteúdo no sentido de que a condenação não estaria apenas autorizada quando a única prova fosse o depoimento de autoridades policiais, mas que ela seria imperativa, legitimando-se uma indevida presunção de veracidade da palavra do policial.

Além disso, é possível destacar aspectos peculiares da situação objeto da mesma pesquisa, que fora outros casos, no qual a súmula de número 70 foi utilizada, em uma boa parte dos processos, não há nenhuma testemunha além dos agentes policiais. Veja-se:

Em 62,33% dos casos o agente de segurança foi a única testemunha ouvida no processo e em 53,79% dos casos o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para alcançar sua conclusão. Na maior parte desses casos, a fundamentação utilizada pelo juiz para dar credibilidade ao depoimento policial foi a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação"(2018, p. 95).

Conclui-se então que a utilização dada ao enunciado da súmula de número 70, pelo judiciário do estado, denota um afastamento da busca pelo principal objetivo do processo em um estado democrático de direitos, como é, ou deveria ser o nosso, em busca da verdade dos fatos. O que se evidencia após uma análise intrínseca é a mecanização de parte das sentenças, sem a presença de um contraditório pleno e eficaz, um mero resumo ao depoimento dos agentes policiais, sem considerar as demais provas constantes nos autos do processo. Ao que parece não há busca pelo resultado útil do processo, mas sim o resultado de uma política pública na qual o veredito é dado pela palavra do agente policial, e o judiciário foi instituído como carrasco e promotor do encarceramento em massa, harmonicamente ao promovido pela política de combate as drogas no Estado do Rio de Janeiro.

6.1. A sentença penal condenatória com único fundamento na palavra dos policiais é válida?

Inicialmente aponta-se alterações recentes promovidas na lei. Uma delas, pela lei de nº 13.964 de 2019, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, conhecida vulgarmente como “Pacote Anticrimes”, e proposta pelo então ministro da justiça, Sergio Moro, com a finalidade de alterar algumas disposições legais, em alguns pontos, também no processo penal. Dentre as alterações, destaca-se a nova redação dada ao artigo 315, §2º do Código de Processo penal, que passou a estabelecer alguns critérios para fundamentação de decisões criminais, tanto decisões interlocutórias, como sentenças ou acórdãos. O inciso V, do referido dispositivo estabelece:

Art. 315, §2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

Outra alteração relevante de ser citada neste momento, é a suplementação do artigo 564, que versa acerca das nulidades, e agora em seu inciso V, estabelece que ocorrera nulidade “em decorrência de decisão carente de fundamentação”.

Além das novas alterações, há outros pontos relevantes, como o fato da Constituição da República de 1988 estabelecer garantias individuais, que servem de proteção para os indivíduos quando em conflito com o estado, além de ter adotado o sistema acusatório, comtempladas partes distintas no processo, acusação e defesa, com paridade de armas e igualdade de condições, além da mesma igualdade perante o juízo, que deve ser totalmente imparcial em seu julgamento. Cada uma das partes com a sua função e finalidade dentro dos ritos necessários ao processo.

Voltando ao Código de Processo Penal, é importante destacar o artigo 155, no qual é estabelecido que ao julgador é totalmente vedado de fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos e colhidos em sede de investigação, salvo, é claro, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Por conclusão, o julgador deve analisar e dá a devida atenção a todos os elementos de provas colhidos judicialmente, com a devida aplicação do contraditório.

Ocorre que em uma análise legislativa, não há classificação para as declarações fornecidas pelos policiais na delegacia, em fase inquisitorial, sejam considerados prova, de certo que muitas das vezes, principalmente no delito objeto do presente estudo, as declarações dos agentes policiais são as únicas provas constantes nos autos, e o que mais acontece é sua mera reprodução, em sede judicial, entretanto há casos, seja pelo lapso temporal ou pelos diversos motivos possíveis, os agentes não se recordam da ocorrência dos fatos, o que não impede que sejam proferidas sentenças condenatórias, com base nas declarações em sede policial, ou seja, em fase inquisitorial.

Neste sentido, veja-se como entende o TJRJ:

EMENTA: APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE - ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06 - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDENAÇÃO - RECURSO DEFENSIVO - IMPOSSÍVEL ABSOLVIÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES - PROVA IDÔNEA PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO, EIS QUE NÃO INVALIDADA POR FATO CONCRETO - **SÚMULA 70 DO TJRJ - DIVERGÊNCIAS SOBRE ASPECTOS SECUNDÁRIOS DA ABORDAGEM E PRISÃO NÃO RETIRA A FORÇA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, SENDO CERTO QUE PARTICIPAM ROTINEIRAMENTE DE VÁRIAS PRISÕES EM FLAGRANTE, SENDO IMPOSSÍVEL QUE SE RECORDEM DE TODOS OS DETALHES DE TODAS AS OCORRÊNCIAS - EM SEDE POLICIAL, NO FRESCOR DOS ACONTECIMENTOS, OS POLICIAIS NARRARAM COM RIQUEZA DE DETALHES A OPERAÇÃO POLICIAL - ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INQUISITORIAL NÃO PODEM SER DESPREZADOS, DEVENDO SEMPRE SER EXAMINADOS COM MINUCIA E PRUDÊNCIA DENTRO DO CONJUNTO PROBATÓRIO, COM O FITO DE ATINGIR A VERDADE DOS FATOS - AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, A QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DA DROGA APREENDIDA (70 GRAMAS DE COCAÍNA ACONDICIONADA EM 77 EMBALAGENS), SOMADO AOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, BEM COMO AO FATO DA AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS RÉUS EXERÇAM QUALQUER ATIVIDADE LABORAL LÍCITA, COMPROVAM QUE JULYELISSON BARBOSA DO REGO, RUAN LOPES FRANCISCO, LUCAS DO COUTO MARIA DOS SANTOS E JOÃO RAFAEL BARBOSA GOMES SÃO TRAFICANTES DE DROGAS - REFORMA DA SENTENÇA PARA FIXAR AS PENAS BASE DOS APELANTES LUCAS DO COUTO E JOÃO RAFAEL NO MÍNIMO LEGAL, EM 05 ANOS DE RECLUSÃO E 500 DIAS-MULTA - NÃO OBSTANTE A EXISTÊNCIA DE**

ANOTAÇÕES NAS FOLHAS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS, A CONDUTA SOCIAL DOS RÉUS NÃO PODE SER CONSIDERADA NEGATIVA, PARA MAJORAR A PENA BASE - SÚMULA 444 DO STJ - INAPLICÁVEL A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11343/06 - EMBORA SE TRATEM DE RÉUS PRIMÁRIOS, COM BONS ANTECEDENTES, NO CASO EM TELA, ENTENDO INAPLICÁVEL A REDUÇÃO, CONSIDERANDO QUE RESTOU DEMONSTRADO QUE OS APELANTES SE DEDICAVAM À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO NO LOCAL, JÁ QUE FOI ENCONTRADA CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE MATERIAL ENTORPECENTE, SOMADO AO FATO DA **AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS MESMOS EXERÇAM QUALQUER ATIVIDADE LABORAL LÍCITA, EVIDENCIANDO-SE QUE NÃO SE TRATAM DE TRAFICANTES OCASIONAIS** - INCABÍVEL AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA ART. 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/06 - CONFORME DECLARAÇÕES PRESTADAS PELOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO, O APELANTE LUCAS COUTO ESTAVA NA COMPANHIA DA NAMORADA, MENOR, E ESTA AFIRMOU QUE O AJUDAVA A VENDER AS DROGAS - REGIME FECHADO CORRETAMENTE FIXADO - AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, A NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO, RECOMENDAM O ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE - APELANTES NÃO FAZEM JUS A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, INDEPENDENTEMENTE DA QUESTÃO DE SUA POSSIBILIDADE OU NÃO, EM TESE, EM CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, POIS O QUANTUM DE PENA APLICADA, SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO, IMPEDE, POR SI SÓ, A APLICAÇÃO DE TAL BENEFÍCIO NO CASO EM ESPÉCIE (ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL)- OBROU BEM O MAGISTRADO SENTENCIANTE AO MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR DOS APELANTES, POIS SE OS MESMOS AGUARDARAM PRESOS O DECORRER DA INSTRUÇÃO, DEVEM, ASSIM, CONTINUAR DETIDOS APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - TENDO O RÉU RESPONDIDO AO PROCESSO PRESO, DEVE PREVALECER A REGRA, CALCADA NA RAZOABILIDADE, DE QUE APÓS O JUÍZO DE CERTEZA ESTAMPADO NA CONDENAÇÃO, NÃO POSSAM OS CONDENADOS AGUARDAREM O JULGAMENTO DA APELAÇÃO EM LIBERDADE, A NÃO SER QUE HAJA MUDANÇA FÁTICA SUPERVENIENTE A JUSTIFICAR A LIBERDADE PROVISÓRIA, O QUE NÃO RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS - A MANUTENÇÃO DO RÉU NA PRISÃO CONSTITUI-SE EM UM DOS EFEITOS DA RESPECTIVA CONDENAÇÃO, SENDO CERTO QUE A CUSTÓDIA PROVISÓRIA PARA RECORRER NÃO OFENDE À GARANTIA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, CONFORME SÚMULA Nº 09, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A EXIGÊNCIA DA PRISÃO PROVISÓRIA, PARA APELAR, NÃO

OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA." - DEFESA REQUER TAMBÉM QUE SEJA DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 E DO ART. 59 DA LEI 11343/06 - INCOMPETÊNCIA DESTA CÂMARA, NOS TERMOS DO ARTIGO 102, I, ALÍNEA A, DA CF E SÚMULA VINCULANTE Nº 10 DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL - PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO, para fixar a pena base dos réus Lucas do Couto Maria dos Santos e João Rafael Barbosa Gomes no mínimo legal, ficando suas reprimendas definitivas em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (TJ-RJ - APL: 00636086720148190004 RIO DE JANEIRO SAO GONCALO 1 VARA CRIMINAL, Relator: MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 22/03/2016, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/03/2016) ~Grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL DESEJANDO A PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, COM A CONDENAÇÃO DO RECORRIDO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. O recorrido foi denunciado por trazer consigo para fins de tráfico 08 (oito) embalagens de plástico transparente, fechadas por meio de grampo de metal sobre papel de cor branca com inscrições "Imperador 20 CV CW", contendo 6,28g (seis gramas e vinte e oito decigramas) de Cloridrato de Cocaína. **O magistrado julgou improcedente a pretensão inaugural, absolvendo o recorrido, isto por considerar frágil a prova coligida, notadamente as contradições do depoimento de Leonardo e pelo fato do Policial Paulo César Junior não se recordar do evento.** No entanto, tais argumentos não convencem o relator, sequer o seduzem. Em primeiro lugar, a testemunha Leonardo, ainda que arrolada pelo Ministério Público, é o indivíduo que estava na companhia do recorrido no momento da sua prisão e que com ele compartilhava a posse da droga, mas não foi sequer indiciado. Leonardo chegou a afirmar que a droga lhe pertencia, mas ao depois negou a sua posse, dizendo que se confundiu com outra prisão - também por tráfico - da qual foi "vítima". Afirmou ainda, de início, ser amigo do recorrido e, mais adiante, o desdisse. Tais contradições havidas no depoimento de Leonardo não maculam a prova necessária a amparar a denúncia. De igual modo, a ausência de memória do Policial Paulo Cesar, não elide as firmes e harmônicas palavras do Policial Clodoaldo, que com riqueza de detalhes descreveu toda a dinâmica comportamental do recorrido, oferecendo, sim, supedâneo à expedição de um seguro juízo de reprochabilidade. O referido Policial Militar afirmou em juízo, de forma coerente com o que dissera na distrital, que na data dos fatos, se encontrava em patrulhamento de praxe, sendo certo que dois indivíduos caminhavam sobre a calçada em atitude suspeita. Aduziu que o recorrido e Leonardo mostraram-se receosos com a presença dos policiais, ocasião em que o observou que o ora

recorrido lançou ao solo um saco plástico, motivo por que foi realizada abordagem. Esclareceu que em revista ao recorrido foi encontrada a quantia de R\$200,00 (duzentos reais) em espécie, sendo certo que próximo ao mesmo fora arrecadada a referida sacola plástica, contendo em seu interior a droga descrita na denúncia. Inexiste contradição entre os depoimentos dos policiais. **O que se tem, na verdade, é de um lado um policial que não se recorda da prisão e, do outro, o policial que abordou o recorrido e arrecadou a droga que o mesmo havia, sob sua visão, dispensado ao solo. De igual monta, não há nos autos qualquer elemento que retire a credibilidade do testemunho do PMERJ Clodoaldo, tampouco de pretérita desavença com o recorrido, o que dá ensejo à invocação do verbete n.º 70, da súmula da jurisprudência predominante do TJERJ.** Juízo de censura que deve ser expedido. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO, para condenar o recorrido pela realização da conduta fática comportamental descrita no art. 33, da Lei 11.343/06, na forma do voto do relator.

(TJ-RJ - APL: 00178996120168190061 RIO DE JANEIRO TERESOPOLIS 2 VARA CRIMINAL, Relator: GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 08/11/2017, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/11/2017) ~Grifei

APELAÇÃO - Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 - MP CONTRA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. Narra a denúncia que o apelado foi preso em flagrante quando guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 11,50g de maconha, distribuídos em 4 tabletes, e 7g de cocaína, acondicionados em 6 recipientes plásticos, além de três folhas de caderno contendo possíveis anotações sobre a mercancia de drogas. COM RAZÃO O MP: 1) Condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06: Cabimento. Conjunto probatório robusto. Materialidade positivada através dos Autos de Apreensão e dos Laudos Periciais. **Autoria confirmada pela prova oral. Policiais militares responsáveis pela prisão flagrancial do apelado apresentaram versões uníssonas quanto à dinâmica da ação criminosa. O fato de o apelado e a sua esposa, ouvida em Juízo como informante, não terem corroborado a versão dos policiais, não macula a idoneidade das suas declarações, eis que aqueles não são obrigados a dizer a verdade.** Inteligência do art. 208 do CPP. **Aplicação do verbete 70 do TJRJ.** Declarações do apelado e da informante que se revelam isoladas e fantasiosas diante do caderno probante. Confissão extrajudicial do apelado. O acondicionamento e a variedade são circunstâncias que indicam que as drogas, de fato, se destinavam ao vil comércio de entorpecentes. Dou provimento ao recurso ministerial para condenar o apelado pela prática do crime capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Assim, fica o apelado WERLLEN RANGEL

ROCHA condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO.

(TJ-RJ - APL: 00139294320158190011 RIO DE JANEIRO CABO FRIO 2 VARA CRIMINAL, Relator: GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 03/10/2017, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/10/2017) ~Grifei

Como asseverado nos julgados acima colacionados, em cada um há uma peculiaridade, sendo todos no mesmo sentido, utilizando da súmula n.º 70 do TJRJ, de modo a se fundamentar a condenação. Mesmo acontecendo de os depoimentos dos policiais divergirem sobre os fatos, ou policiais não se lembrarem dos fatos, em outro o juízo de piso absolver o acusado por considerar “frágil a prova coligada”, ou até outras havendo declarações em sentido contrário. Nenhuma das alternativas é suficiente para impedir magistrado ou Tribunal de Justiça de entender pela condenação fundamentada no depoimento dos agentes policiais.

7. Considerações finais

Como já visto exaustivamente até o momento, a legislação processual penal ainda é dotada de muitas características autoritárias, natural ao momento histórico de sua criação, entretanto com a vigência da atual Constituição da República, nasceu e se estabeleceu um verdadeiro Estado Democrático de Direitos, estabelecidas garantias individuais para o indivíduo à mercê do poder punitivo do estado, devendo então a legislação processual penal, inevitavelmente ser interpretada e aplicada a fim de seguir na nova linha de raciocínio disposta e garantida pela constituição, para se alcançar a satisfação dos anseios da sociedade.

Em decorrência, a palavra do agente policial, como figura pública e testemunha, não deve e nem tem a possibilidade de ser vista com descrédito total, porém, também não pode ser dotado de autossuficiência, sendo completamente absoluto e suficiente para a fundamentação de condenações penais, com um valor probatório absoluto frente aos outros meios de prova eventualmente existentes no processo. A súmula número de n.º 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, estabelece que o fato de se restringir a prova oral a depoimentos de

autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação, até aí não há desencontro aos princípios constitucionais e processuais penais, entretanto abriu-se uma brecha para uma aplicação equivocada e desregulada pelo judiciário.

Quando se trata do crime de tráfico de drogas, o judiciário do Estado do Rio de Janeiro se utiliza e apoia na referida súmula, quase que como regra incisiva na justificativa de suas decisões condenatórias, criando um verdadeiro embaraço à ampla defesa, ora que a presunção de inocência é invertida, se tornando uma presunção de culpabilidade, questiona-se qual seria o valor da palavra do acusado diante de uma palavra revestida pela fé pública e por uma súmula, que na prática, confere uma presunção absoluta de veracidade e um meio de prova exauriente.

O processo não tem e não pode ter a finalidade de ser uma ferramenta de uma política pública de guerra às drogas, ou contra determinados crimes, mesmo que a prática seja terrivelmente reprovável pela sociedade e que os responsáveis tenham sim, que ser devidamente punidos. A finalidade do processo penal se demonstra exatamente o contrário dessa aplicação, devendo ser uma das garantias estabelecidas pela constituição para o indivíduo, além do inafastável respeito ao devido processo legal, fundamental para a condenação do então acusado.

Por fim, parafraseando o escritor, filósofo iluminista francês, François-Marie Arouet, conhecido popularmente como Voltaire, “É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRÁFIAS

AMBOS, Kai. **Processo penal europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77.

CABRAL, T. **As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941**. Canal Ciências Criminais, junho 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CALEGARI, L. **Lei determina critérios de fundamentação de decisões criminais**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-determina-criterios-fundamentacao-decisoes-criminais>>. Acesso em: 14 janeiro 2021.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06 (8a edição, revista e atualizada)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. 462p

CASTRO, P. F. D. **A Presunção da Culpa: Uma análise da valorização do depoimento policial na abordagem jurídica no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-2-paola-fernandes-de-castro-1>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

DE LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, v. volume único, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 565.

GLOBO.COM. Globo.com. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/01/30/policia-e-mp-fazem-operacao-na-zona-oeste-do-rio.ghtml>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

GUERCIO, F. H. A. N. **Legalidade de um Microsistema de Prova Tarifada pela Fé Pública**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2017. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7942/1/FHANGuercio.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ISP Dados. **Instituto de Segurança Pública**. Disponível em: <<https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br:4434/index.html>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

LEMGRUBER, J.; CANO, I.; MUSUMECI, L. **Olho por olho? O que pensam os cariocas sobre "bandido bom é bandido morto"**, Rio de Janeiro, maio 2017. Disponível em: <https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2017/05/CESEC_BBIM_Web_final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LIMA, M. P. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LOPES JÚNIOR, A. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

Relatório final de pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

ROSA, Pablo O. **Drogas e a Governamentalidade Neoliberal: Uma Genealogia da Redução de Danos**. ISBN 9788574747910. 1. ed. Florianópolis: Editora Insular, 2014.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro**. In: Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. 2016.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZACCONE D'ELIA FILHO, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Editora Revan, 2007