



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANIDADES E
LETRAS
CURSO DE DIREITO

THALES DE CARVALHO MAGALHÃES

OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, A AVALIAÇÃO PROBATÓRIA E A
APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TJRJ

Três Rios/RJ

2017

THALES DE CARVALHO MAGALHÃES

**OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, A AVALIAÇÃO PROBATÓRIA E A
APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TJRJ**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal Rural
do Rio de Janeiro como requisito para
elaboração de monografia de conclusão do
curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de
Souza

Três Rios/RJ

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ/BIBLIOTECA
OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, A AVALIAÇÃO PROBATÓRIA E A APLICAÇÃO DA
SÚMULA 70 DO TJRJ
MAGALHÃES, Thales de Carvalho
Thales de Carvalho Magalhães – 2016
f. 85
Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza
1. Direito Processual Penal – Monografia. 2. Avaliação probatória, depoimentos policiais, súmula 70
do TJRJ, Tráfico de Drogas. 3. Credibilidade da palavra dos agentes públicos, fé pública.
Monografia (graduação). Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

THALES DE CARVALHO MAGALHÃES

**OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, A AVALIAÇÃO PROBATÓRIA E A
APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TJRJ**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, *campus* Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____ / _____ / _____

Banca Examinadora:

Professor Doutor Allan Rocha de Souza – orientador
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professora Mestre Marcela Siqueira Miguens
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professora Mestre Marilha Gabriela Reverendo Garau
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Professor Dr. Rulian Emmerick
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios

Aos meus pais, irmãos e amigos que estiveram presentes em todo o meu processo de formação acadêmica.

RESUMO

MAGALHÃES, Thales de Carvalho. Os crimes de tráfico de drogas, a avaliação probatória e a aplicação da súmula 70 do TJRJ. 2016. 85 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

Busca-se no presente trabalho a abordagem dos julgamentos dos crimes de tráfico de drogas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro a partir da aplicação da súmula 70 do Tribunal de Justiça Estadual. O método utilizado consiste no estudo dos crimes relacionados a entorpecentes, além da forma de avaliação de provas no processo penal brasileiro, para então aprofundar-se na aplicação e na interpretação do verbete sumular em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas. Avaliação probatória. Persuasão racional. Depoimento de agentes públicos. Policiais. Presunção de credibilidade. Fé pública. Motivação das decisões.

ABSTRACT

MAGALHÃES, Thales de Carvalho. The crimes of drug trafficking, the evaluation of proofs and the application of súmula 70 of TJRJ. 2016. 85 f. Monograph (Law Graduation) - Law College, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

The purpose of this work was to study the judgments of the Supreme Court of the State of Rio de Janeiro in the cases involving drug trafficking in which the Súmula 70 of that Court was applied.

Was studied only prosecutions involving narcotics, besides that, was made an analysis about the method of evidence evaluation described in the Brazilian Code of Criminal Procedures, and then, a deeply search was done to understand the given interpretation and application in each case of the Súmula 70 of the Supreme Court in study.

KEY-WORDS: Drug trafficking. Proof Evaluation. Rational persuasion. Public agents statement. Police Officer. Credibility presumption. Public faith. Decisions motivation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

HC – *habeas corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Art. – Artigo

Inc. - Inciso

SUMÁRIO

Introdução	9
1. Os crimes de tráfico de drogas (art. 33 da lei 11.343/06) e porte de droga para consumo (art. 28 da lei 11.343/06).....	10
1.2 O crime de tráfico de drogas	11
1.3 O crime de porte de droga para consumo.....	19
1.4 A distinção entre os crimes de tráfico e porte de drogas para consumo pessoal	25
2. Sistemas legais de prova	28
2.1 Conceito de prova	29
2.2 Apanhado histórico dos sistemas de provas	31
2.3 O livre convencimento motivado (persuasão racional).....	35
2.4 A prova testemunhal e a sua credibilidade.....	43
3. A interpretação da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	49
3.1 A “não desautorização” para condenar e a presunção de legitimidade da palavra do policial	49
3.2 O verbete da súmula 70 e o ônus da prova no processo penal	53
3.2.1 A (in)adequada introdução do conceito de fé pública ao processo penal..	60
3.2.2 A legitimação do ato do agente público e o (des)interesse na condenação	63
3.3 A (re)produção da prova em juízo	64
3.4 O testemunho baseado em denúncia anônima e a testemunha de “ouvir dizer”	65
3.5 A aplicação da súmula 70, a fundamentação das decisões judiciais e o novo CPC	72
Conclusão	78
Referências bibliográficas	80

INTRODUÇÃO

Considerando a inconstitucional situação carcerária brasileira¹, bem como que mais de ¼ (um quarto) dos encarceramentos no Brasil estão relacionados aos crimes tipificados na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas)², é de extrema relevância o adequado julgamento de tais delito.

Nesta senda, busca-se pelo presente trabalho, demonstrar a aplicação da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no âmbito do julgamento dos crimes de tráfico de drogas.

Trata-se de orientação jurisprudencial, segundo o qual o fato de a prova oral restringir-se à palavra de agentes públicos não impede a condenação.

Pretende-se abordar não apenas o conteúdo da súmula em questão, mas principalmente a aplicação feita em primeira e em segunda instância de julgamento.

A pesquisa tem como proposta demonstrar o desajuste entre a aplicação do entendimento jurisprudencial e a forma como doutrina e jurisprudência interpretam a legislação penal no que tange aos crimes de tráfico de drogas e sua distinção do delito de porte de drogas para consumo e, sobremaneira, a legislação processual penal no que diz respeito à avaliação de provas e o sistema atualmente adotado.

Utiliza-se, como método de pesquisa a análise jurisprudencial e doutrinária, o que se faz por meio do exame de decisões do Tribunal de Justiça Estadual, das cortes superiores, dos demais tribunais brasileiros e ainda, os posicionamentos da doutrina sobre os diversos pontos relevantes ao tema.

Assim, iniciamos o trabalho com o estudo das figuras dos crimes de tráfico de entorpecentes, porte de drogas para consumo próprio e a distinção entre as duas condutas, sendo este o conteúdo abordado no primeiro capítulo.

Após, passamos às formas de avaliação probatório existentes, com foco no Sistema da Persuasão Racional (ou Livre Convencimento Motivado), adotado como regra geral e com vigência predominante da legislação processual penal brasileira.

Por fim, no terceiro capítulo afunilamos o estudo para uma análise crítica da aplicação da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos julgamentos de crimes de tráfico de entorpecentes, considerando os posicionamentos

¹Reconhecida pelo STF no julgamento de cautelar da ADPF 347 como “Estado de coisa inconstitucional”. Encontrado em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 13/09/2016

²<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>. Acesso em: 13/09/2016

jurisprudenciais e doutrinários aliados à forma de avaliação de provas na seara criminal.

1. OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/06) E PORTE DE DROGA PARA CONSUMO (ART. 28 DA LEI 11.343/06)

Diante das restrições técnicas da polícia judiciária brasileira, temos como um dos principais meios probatórios no processo penal a prova testemunhal, a despeito da fragilidade que representa.³

Dessa forma, e considerando o crime de tráfico de drogas como alvo de significativa aplicação da Súmula de Jurisprudência número 70 do TJRJ,⁴ (que dispõe sobre a validade dos depoimentos de policiais), para que não haja supressão de direitos ou julgamentos equivocados, imprescindível atenção ao entendimento jurisprudencial, levando em conta, sobretudo, as regras que norteiam a avaliação da prova (livre convencimento motivado), a fundamentação das decisões judiciais, a distinção entre o crime de tráfico de drogas e o porte para consumo próprio e ainda os princípios constitucionais e processuais.

Para tanto, inicialmente vejamos o que dispõe o verbete em questão, doravante denominado súmula 70: O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.⁵

Conquanto a orientação jurisprudencial não se destine exclusivamente à aplicação relacionada ao tráfico de drogas, restringimos o tema a este tipo de delito, devido a relevância que representa nesses casos, principalmente pelo fato de que muitas das vezes as prisões e apreensões ocorrem sem outras testemunhas que não sejam agentes públicos⁶.

Desse modo, sendo as prisões e apreensões realizadas pelos agentes estatais, a autoridade policial responsável deverá colher todas as provas que servirem

³LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 656

⁴Conforme se constata em arestos jurisprudenciais transcritos no capítulo 3.2

⁵BRASIL. TJRJ. Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 20/10/2015

⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** - Vol. 1. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 341.

para o esclarecimento do fato (artigo 6º inciso III CPP⁷), o que induz inexoravelmente à oitiva dos policiais responsáveis pela prisão.

Além disso, determina o artigo 304⁸ do CPP, que na prisão em flagrante, ao ser apresentado o preso, a autoridade policial ouvirá desde logo o seu condutor, colhendo sua assinatura, entregando a este a cópia do recibo de entrega do preso.

Destarte, na grande maioria das vezes, ao oferecer a denúncia, a acusação arrola como testemunha os agentes responsáveis pela apreensão das drogas e ou prisão do acusado⁹, e é nesta oitiva (e em juízo) dos agentes onde reside a aplicação da súmula nº 70 do TJRJ, ou seja, na valoração a ser atribuída às informações prestadas por aquele que participou ativamente na captura do acusado e ou na busca por drogas ou demais objetos que indiquem a prática criminosa.

Por conseguinte, os depoimentos policiais muitas das vezes são determinantes na comprovação do crime ou na distinção entre o tráfico de entorpecentes e porte de drogas para consumo.

Antes de adentrar no cerne da temática a qual se destina o presente trabalho, dedicamos o primeiro capítulo à abordagem do direito material envolvido, isto é, cumpre preliminarmente o exame das leis penais de repressão ao consumo e ao tráfico de drogas, as quais passamos a fazer uma breve análise restrita aos delitos de tráfico e porte de droga para consumo, por serem suficientes ao estudo da avaliação de provas e da aplicação da súmula 70.

1.2 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Vejamos inicialmente o artigo 33 da lei 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

⁷Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; **Código de processo penal. Art. 6º**

⁸Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005). **Código de processo penal. Art. 304**

⁹LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 663

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) – grifo nosso

No *caput* do dispositivo encontramos a figura do tráfico de drogas, que por meio dos seus 18 núcleos descreve as condutas passíveis da tipificação. Trata-se portanto de crime de ações múltiplas, uma vez que a prática de qualquer das condutas descritas configura o delito.¹⁰

Tem-se, de forma majoritária pela doutrina, o entendimento de que trata-se de crime unissubsistente, isto é, diante das suas várias condutas, não admite a modalidade tentada, bastando uma delas para a consumação. No entanto, vale fazer

¹⁰Os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla (ou de núcleo variado). Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica (p. ex., depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP). Todavia, faltando proximidade comportamental entre as várias condutas haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado). BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]. **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 179

ressalva quanto à modalidade “remeter”, na qual há entendimento acerca da possibilidade da forma tentada. Vejamos:

Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico (RTTJSP 70/371). Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar, etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a tentativa. Assim já se decidiu (na vigência da lei anterior):

“Em razão da superposição de tipos que definem as condutas do delito previsto no art. 12 da lei 6.368/76 [revogada] , é impossível o reconhecimento da tentativa na conduta da filha que remete pelo correio pequena quantidade de droga para sua mãe, pelo fato de a substância ter sido interceptada e apreendida antes de chegar às mãos da destinatária, pois antes de remeter o entorpecente, a acusada já o tinha adquirido, mantido em depósito e transportado, circunstâncias que, por si sós, são suficientes para caracterizar o crime de tráfico na forma consumada” (RT 772/638)

Há no entanto, corrente minoritária em sentido contrário:

‘Em sede de crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade de remeter a encomenda tóxica por via postal, não se consuma o delito se a droga é apreendida nos Correios antes de ser enviada aos destinatário, configurando-se, na hipótese a tentativa perfeita’ (RT782/552. Ainda: RT 407/86)¹¹

Destaca-se que o legislador inseriu o comando “ainda que gratuitamente” de modo a deixar claro que a traficância não é necessariamente sinônimo de comércio, bastando a prática de um dos verbos nucleares.

Todavia, não olvidou a lei de expressar a necessidade da “não autorização” e do “desacordo com determinação legal ou regulamentar”, pelo que depreende-se que para a tipicidade do delito faz-se necessário que o agente não tenha autorização para a prática das condutas e que a droga esteja em desacordo com determinação legal/regulamentar.

Pela referida norma, é possível, por exemplo, afastar a tipicidade do ato de um perito criminal que transporta droga ilícita do local onde foi apreendida para onde será realizada a perícia, uma vez que, embora a priori esteja praticando a conduta descrita em um dos núcleos do tipo penal e a substância esteja em desacordo com determinação legal e regulamentar, o perito é pessoa autorizada.

¹¹BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]; **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 180-181 - grifamos

Da mesma forma, o indivíduo que sai de uma farmácia transportando droga comercializada legalmente com o intuito de oferecê-la a terceiro não comete o delito tipificado no artigo 33, pois a droga não encontra-se em desacordo com determinação legal ou regulamentar e não há proibição para o transporte.

Sobre a necessidade de determinação legal ou regulamentar, é importante destacar que esta previsão legislativa caracteriza o crime de Tráfico de Drogas como norma penal em branco. Em outras palavras, faz-se necessária a utilização de normativa extravagante para a tipificação do crime, ou seja, para se determinar se a droga é ou não lícita, o que é feito por meio de Portaria¹².

Para tal averiguação, a portaria nº 344 de 1998 da ANVISA¹³ prevê em seus anexos a lista de substâncias entorpecentes consideradas proibidas.

Deste modo, com a combinação da lei 11.343/06 e a portaria da Anvisa é possível concluir pela ilicitude da droga.

Sobre a escolha do legislador, há diversas críticas na doutrina, dentre as quais, a ofensa ao princípio da legalidade, posto que determinada conduta torna-se típica por meio de Portaria.

“Trata-se de lei penal em branco, complementada por preceito administrativo (Portaria SVS/MS 344/98). Respeitável parcela da doutrina tece severa crítica ao sistema adotado pela lei especial, isto é, relacionar, num rol taxativo, as substâncias consideradas entorpecentes. Segundo pensam, melhor seria, considerando o caso concreto, comprovar-se, através do competente laudo, a capacidade (ou não) da substância produzir dependência. Acácio Rebouças, lembrado por Valdir Sznick, fomenta a discussão indagando: “(...) que se dizer dos produtos estrangeiros que entram no país clandestinamente e são trazidos, mas que, por não serem aqui comercializados, nunca figurarão em nenhuma portaria de qualquer órgão administrativo.” (*Lei antitóxicos comentada. São Paulo: Pillares, 2004. P. 87*)(...)

Em que pese o esforço (e praticidade) dessa fórmula, pensamos que ofenderia o princípio da legalidade (mais precisamente da taxatividade ou determinação), trazendo nefasta insegurança ao destinatário da norma. Somente quando o direito for “certo” a ação humana estará garantida. Aliás, como lembra BECCARIA: ‘quanto maior for o número dos que compreenderem e tiverem entre as mãos o sagrado código

¹²Sobre o uso e a forma da vigência da Portaria, vale anotar: Usada para baixar instruções sobre andamento dos serviços ou para transmitir determinações aos cidadãos em geral ou a particulares diretamente interessados, conforme o assunto em foco, dando-lhes conhecimento do procedimento a seguir em casos especificados, nos termos da lei. Publicam-se na porta da repartição, ou na repartição do Governo, bem como em órgão de divulgação dos atos oficiais. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1969. v. 1. p. 484)

¹³BRASIL. Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. **Portaria n.º 344**, de 12 de maio de 1998.

(*) Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf> Acesso em: 17/11/2016.

das leis, menos frequente serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas propiciam a eloquência das paixões' (*Dos Delitos e das Penas. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1998. P 51*)” (RT782/552. Ainda: RT 407/86)”¹⁴

Dito isto, passemos ao exame do parágrafo primeiro do artigo 33, que descreve as condutas denominadas pela doutrina como Tráfico Equiparado, que vai além da tipificação da forma descrita no *caput*, mas impondo as mesmas penas descritas no preceito secundário do tipo penal.

O inciso I do parágrafo primeiro tipifica com as mesma condutas previstas no *caput*, mas tendo como objeto a matéria-prima, o insumo ou o produto químico destinado à preparação de drogas.

Destaca-se que a matéria prima não é a substância que produz o efeito dos tóxicos a serem produzidos, basta que tenha potencial para que mediante transformação farmacológica produza o efeito da substância entorpecente proibida.¹⁵

O inciso II do mesmo dispositivo, criminaliza a sementeação, o cultivo ou a colheita de plantas que constituam matéria-prima para o preparo das drogas.

Neste ponto, impende destacar a necessidade de que os atos descritos devem ter como finalidade algum dos verbos do *caput*, sendo que o cultivo com o fim de consumo próprio tipifica outro crime, que será abordado adiante.

Por fim, o terceiro e último inciso explicita a tipicidade da utilização ou o consentimento de que outrem utilize de local destinado ao tráfico ilícito de drogas.

A conduta amolda-se à autorização, gratuita ou não, para que outrem utilize casa, apartamento, bares, cinema, enfim qualquer local de que tenha domínio¹⁶, para a prática de tráfico de entorpecentes. Vejamos:

Equipara-se ao tráfico (*caput*) a conduta do agente que utiliza local (casa, apartamento, bares, cinema, restaurantes etc.) ou bem de qualquer natureza (carro, embarcações, aeronaves etc) de que tenha propriedade (direito de usar, gozar, e dispor de um bem, e reavê-lo do poder de quem ilegalmente o possua), posse (direito de exercer alguns dos poderes inerentes à propriedade), administração (poder de gestão), guarda (zelar pela conservação do bem) ou vigilância (dever

¹⁴BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]; **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181 - grifamos

¹⁵Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas. São matérias-primas e éter e a acetona, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal e consagração da Convenção de Viena de 1998.

¹⁶Assim entendido nos termos da lei civil.

de fiscalizar), ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para o comércio ilícito de drogas. Trata-se de crime próprio, admitindo concurso de pessoas (art. 30 do CP).¹⁷

No parágrafo segundo, encontra-se a figura da instigação, induzimento ou auxílio ao uso indevido de droga, por meio do qual o legislador imputa pena privativa de liberdade bastante inferior ao previsto no *caput*.

A jurisprudência e a doutrina classificam ainda o tipo legal previsto no parágrafo terceiro como Consumo Compartilhado ou Cessão Gratuita para Consumo¹⁸, em que, embora o agente ofereça droga a terceiro, seu fim é de junto com este consumir.

Ocorre que para a tipificação nesta modalidade o agente não pode ter o objetivo de lucro, assim como o consumo deve ocorrer com pessoa do seu relacionamento.

Questão controversa se dava na vigência da antiga legislação de repressão de entorpecentes, posto que não havia previsão do tráfico nesta modalidade. Discutia-se se a tipificação correta seria a do tráfico ou do porte para consumo. Entretanto, a celeuma foi resolvida com o advento da lei 11.343/06 com expressa previsão legal, nota-se:

Na vigência da lei anterior, muito se discutia a respeito de como enquadrar a conduta daquele que, gratuitamente, cedia droga a terceiro, para juntos a consumirem. Para uma primeira corrente, a conduta se ajustava ao art. 12 (tráfico, atual art. 33), não distinguindo o tipo a finalidade visada com a cessão. Para outros, inexistente o objetivo de lucro (mercancia) à hipótese, por questão de equidade, melhor se amoldava ao art. 16 (porte para uso, atual art. 28). Hoje a tormentosa questão parece resolvida, prevendo a nova Lei tipo específico, equiparado ao tráfico (art. 33, § 3º), porém de menor potencial ofensivo¹⁹

Por fim, incumbe destacar a modalidade do tráfico privilegiado, assim reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência e previsto no § 4º do artigo 33 em questão.

Trata-se de uma causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira etapa do sistema trifásico em patamar a ser fixado pelo magistrado na razão de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

¹⁷BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]; **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 188

¹⁸BIANCHINI, Op. Cit. p. 190

¹⁹BIANCHINI, Op. Cit. p. 190

Como requisito à benesse, deve o agente cumulativamente ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Nota-se:

HC 326462/RS HABEAS CORPUS 2015/0135761-9. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158). T6 - SEXTA TURMA. DJe 11/09/2015 HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. 2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, **além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.**

3. Fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista da reincidência do réu. (BRASIL. STJ. Sexta Turma. **HC 326462/RS**. Disponível em: <http://stj.jusbras il.com.br/jurisprudencia/186363181/habeas-corpuz-hc-301891-mg-2014-0207898-0/relatorio-e-voto-186363210>. Acesso em: 16/04/2016. Grifo nosso)

Questão controvertida em relação ao tráfico privilegiado diz respeito à aplicação da lei 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos²⁰.

Discute-se se o tráfico privilegiado, isto é, quando incide a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo quarto possui ou não a aplicabilidade da lei de crimes hediondos, uma vez que no seu art. 2º, prevê tratamento diferenciado aos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo.²¹

²⁰Que criou tipos penais, aumentou penas de tipos penais já existentes, recrudescou o regime de cumprimento de penas para alguns crimes, etc. (HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 366. Grifos nossos)

²¹Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

(...)

~~§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.~~

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Sobre o tema, predominava no Superior Tribunal de Justiça o entendimento pela hediondez do delito, questão pacificada na Terceira Seção:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA EQUIPARADA AO CRIME HEDIONDO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFRONTO COM RECURSO REPETITIVO. 1. **Foi pacificado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.329.088/RS, conforme a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, que "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas,** uma vez que a sua incidência não decorre do reconhecimento de uma menor gravidade da conduta praticada e tampouco da existência de uma figura privilegiada do crime." 2. Na hipótese, o acórdão recorrido vai de encontro ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial provido.

(BRASIL. STJ. Sexta Turma. **REsp: 1314698 RS 2012/0070381-0**, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 06/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25079119/recurso-especial-resp-1314698-rs-2012-0070381-0-stj>> Acesso em: 15/11/2016. Grifo nosso)

No ano seguinte, o STJ editou a Súmula 512, que tem o seguinte enunciado: "aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas."²²

Nessa mesma linha de orientação, o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que "A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não afasta a natureza hedionda do tráfico de drogas"^{23,24}.

Ocorre que a questão foi novamente analisada pela excelsa corte no julgamento do HC 118.553, e em sentido contrário, assim como ocorre com o Homicídio Privilegiado, entendeu-se, por maioria que o Tráfico Privilegiado não possui natureza hedionda.

²²(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 512**. DJe de 16-6-2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 14/11/2016

²³MARCÃO, Renato, in: Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: por maioria, Plenário do STF decide que o crime de tráfico privilegiado de droga não é equiparado a hediondo. Encontrado em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1252-art-33-4-da-lei-11-343-2006-por-maioria-plenario-do-stf-decide-que-o-crime-de-trafico-privilegiado-de-droga-nao-e-equiparado-a-hediondo.html>. Acesso em 13/09/2016

²⁴Precedentes: STF, **HC 114.558** AgR/MS, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 3-3-2015, DJe n. 065, de 8-4-2015). No mesmo sentido: STF, **HC 121.255/SP**, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 3-6-2014, DJe n. 148, de 1º-8-2014. *apud* MARCÃO, Loc. Cit.

Por ocasião de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente da Suprema Corte, destacou que das atuais 622.202 (seiscentos e vinte e duas mil, duzentas e duas) pessoas em situação de privação de liberdade, “28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”²⁵

O Ministro Edson Fachin ressaltou que o legislador não desejou incluir o tráfico minorado no regime dos crimes equiparados a hediondos, caso contrário o teria feito de forma expressa e precisa.²⁶

O voto da relatora foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheceram como hediondo o crime de tráfico privilegiado.²⁷

Acompanhando a mudança de entendimento do STF, o STJ sob o rito do recursos repetitivos, mediante a seleção de recursos especiais, em novembro de 2016 cancelou a súmula 512²⁸, restando, pois, pacificada a questão perante as cortes superiores.

1.3 O CRIME DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO

Passada a análise do crime de tráfico de drogas, examinemos o artigo 28 da lei 11.343/06 que tipifica o crime de porte de drogas para consumo pessoal, denominação genérica que assim como a doutrina costuma classificar, doravante utilizamos como forma de nos referir a todos os verbos previstos no preceito primário do tipo penal, uma vez que o legislador não se prontificou a determinar um *nomem iuris* ao delito.

²⁵<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>. Acesso em: 13/09/2016

²⁶*Idem*

²⁷MARCÃO, Renato, in: Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: por maioria, Plenário do STF decide que o crime de tráfico privilegiado de droga não é equiparado a hediondo. Encontrado em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1252-art-33-4-da-lei-11-343-2006-por-maioria-plenario-do-stf-decide-que-o-crime-de-trafico-privilegiado-de-droga-nao-e-equiparado-a-hediondo.html>. Acesso em 13/09/2016

²⁸http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-vai-discutir-revis%C3%A3o-de-tese-sobre-hediondez-de-tr%C3%A1fico-privilegiado

Para tanto, vejamos a normativa vigente:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Inicialmente, cumpre destacar que a lei 11.343/06, diferente do que previa a lei 6.368/1976, não imputou ao usuário de drogas a pena privativa de liberdade, se restringindo às penas de advertência, prestação de serviço à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo e no caso de descumprimento dessas duas últimas, as medidas de admoestação verbal e multa.

Desse modo, segundo a jurisprudência dominante, encontra-se equivocada a afirmação de que a lei 11.343/06 descriminalizou a conduta do porte de drogas para consumo. O que ocorreu com a inovação legislativa foi o descarcerização (ou despenalização), que em outras palavras significa deixar de punir com o cárcere os condenados por este crime.

Neste sentido, vejamos o entendimento do STJ:

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n.º 430.105-9/RJ), consolidou o entendimento de que, com o advento da Lei n.º 11.343/2006, não ocorreu a descriminalização (abolitio criminis) da conduta de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, mas, tão somente, a mera despenalização, pelo fato de o art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não impor pena privativa de liberdade ao usuário de drogas.

(BRASIL. STJ. Sexta turma. **HC299988/MG** HABEAS CORPUS 2014/0183902-5. Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). T6 - SEXTA TURMA. DJe 17/09/2015. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25042903/habeas-corpus-hc-266827-sp-2013-0079248-0-stj>> Acesso em: 15/07/2016 - grifamos)

No âmbito penal, há grande diferença entre os institutos da descriminalização e da descarcerização. O primeiro deles, também conhecido como *abolitio criminis*, configura-se pelo fato de uma conduta que até então era considerada criminosa, perder a qualidade de crime, assim como ocorreu, v.g, no ano de 2005, com o crime de adultério.²⁹

A descarcerização, por sua vez, deixa de prever pena privativa de liberdade para o delito, todavia, não afasta sua natureza criminal.

Embora inicialmente esta classificação aparente não possuir grande relevância, em alguns casos pode ser extremamente significativa. Como ocorre com um acusado que, condenado definitivamente pelo crime descrito no art. 28 da lei 11.343/06, responde por um novo delito com pena privativa de liberdade, praticado após sua condenação definitiva.

Caso venha este agente a ser processado novamente, a condenação anterior, se preenchidos os demais requisitos do artigo 63 e 64 do Código Penal³⁰, embora não seja por pena privativa de liberdade, rende-lhe a reincidência, o que pode ser determinante na aplicação de sua pena, como por exemplo, com a incidência da agravante prevista no artigo 61, I do CP, a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44 do CP), a fixação do regime de cumprimento de pena (artigo 33 do CP), dentre outras causas que beneficiam ou agravam a situação do condenado.

Neste ponto, vejamos entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

²⁹Antigo art. 240 do Código Penal, revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.

³⁰Requisitos da reincidência.

3. Comprovada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do delito previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, não é possível a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto é reincidente. 4. Inviável fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por tratar-se de réu reincidente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal). (BRASIL. STJ. Sexta turma. **HC299988/MG** HABEAS CORPUS 2014/0183902-5. Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). T6 - SEXTA TURMA. DJe 17/09/2015. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25042903/habeas-corpus-hc-266827-sp-2013-0079248-0-stj>> Acesso em: 15/07/2016 - grifamos)

Por outro lado, parte da doutrina entende que o art. 28 contempla uma infração *sui generis*, não constituindo crime, uma vez que a Lei de Introdução ao Código Penal dispõe que considera-se crime apenas as infrações penais punidas com pena de reclusão ou detenção³¹. Assim demonstra Luiz Flávio Gomes:

Se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal” (por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que vimos nos comentários do art. 27). O art. 28, conseqüentemente, contempla uma infração *sui generis* (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal – posição de L.F. Gomes³²

Feitas estas considerações, adentremos ao *caput* do artigo 28, onde observamos que embora o legislador não tenha tipificado o verbo “consumir” ou “usar”, dedicou-se aos atos de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”, com a finalidade do consumo.

Deste modo, não restam dúvidas de que o dispositivo legal busca punir a conduta praticada por aquele que com o intuito de fazer o uso de drogas em desacordo com disposição legal ou regulamentar e sem autorização, pratica um dos atos elencados.

³¹Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Art. 1º da lei de introdução ao código penal. (Decreto-Lei Nº 3.914, De 9 De Dezembro De 1941)

³²BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]; **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 143

Merece destaque, assim como ocorre com o delito de tráfico de drogas, o fato de o legislador ter inserido na norma a previsão da “não autorização” e do “desacordo com disposição legal ou regulamentar” de forma a limitar a tipificação do delito, conforme destacado alhures.

No parágrafo primeiro, de forma semelhante com o que ocorre na modalidade do tráfico equiparado, tem-se a previsão de uma forma equiparada do porte de droga para consumo.

O Consumo Equiparado consiste nos atos de “semear”, “cultivar” ou “colher” plantas em pequena quantidade, capazes de causar dependência física ou psíquica, destinadas ao consumo pessoal, ou seja, diferente do que ocorre no parágrafo primeiro, inciso II, do artigo 33, no Consumo Equiparado o agente pretende a utilização das plantas exclusivamente para o preparo de drogas ao seu consumo.

Em relação ao parágrafo segundo do dispositivo, postergamos sua abordagem para o tópico seguinte, dada a sua especial importância na distinção entre os delitos abordados.

Observa-se nos parágrafos terceiro e quarto a complementação ao preceito secundário do tipo penal. Nota-se que na descrição das penas o legislador limita-se a descrever as modalidades a serem impostas, sem, contudo, delimitar o prazo para o cumprimento para a prestação de serviço à comunidade e a medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Dessa maneira, os dispositivos indicam que as referidas penas serão cumpridas pelo prazo máximo de 5 meses e em caso de reincidência este limite é dobrado.

Ademais, os parágrafos quinto e sétimo destinam-se à indicação dos locais onde serão cumpridas as penas de prestação de serviço à comunidade, bem como preveem o direito do infrator de que o juiz determine que o poder público coloque a sua disposição um estabelecimento de saúde com o fim do tratamento contra as drogas.

Por fim, destaca-se o parágrafo sexto, que elenca as medidas aplicáveis no caso de descumprimento das penas.

As medidas previstas pelo legislador são as de admoestação verbal e de multa, de modo que o descumprimento não pode acarretar em privação de liberdade do réu.

Salienta-se que com o descumprimento da medida de multa não é possível a sua conversão em pena privativa de liberdade.

A contrário sensu, dispõe o art. 85 da lei 9.099/95, que regulamenta o rito sumaríssimo, o qual, via de regra, se submete o processo criminal pelo delito em estudo, vejamos: Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

A despeito da previsão legal, há muito se manifestou o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de tal conversão:

Habeas corpus. - Não há nos autos notícia da conversão da pena de multa em medida detentiva, o que, por ter o acórdão atacado transitado em julgado em dezembro de 1994, permite presumir que a multa tenha sido paga. De qualquer sorte, em virtude da alteração introduzida pela Lei 9.268/96, que entrou em vigor em 02.04.96, no artigo 51 do Código Penal, deixou de existir a conversão admitida pela redação anterior desse dispositivo legal. Habeas corpus não conhecido.

(STF - **HC: 73682 SP**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 23/04/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 21-02-1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744186/habeas-corpus-hc-73682-sp>> Acesso em: 04/07/2016 – grifo nosso)

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A nova redação do art. 51 do Código Penal, conferida pela Lei n.º 9.268/96, modificou o procedimento de cobrança da pena de multa, eis que passou a ser considerada como dívida de valor, aplicando-se as regras relativas à dívida da Fazenda Pública. Tal alteração, no entanto, não retirou a sua natureza jurídica de sanção penal. II. Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não efetuado o pagamento da pena de multa no prazo do art. 50 do Código Penal, o Juízo das Execuções Penais deve comunicar o fato à Fazenda Pública, que procederá à execução nos termos da Lei 6.830/80. III. Tendo o apenado cumprido integralmente da pena privativa de liberdade, a pendência do pagamento da multa não deve obstar a extinção do processo de execução penal, que não pode perdurar indefinidamente pela falta de interesse da Fazenda Pública na sua execução. IV. Hipótese em que o recorrente cumpriu na integralidade a pena substitutiva, tendo sido comunicados à Procuradoria da Fazenda Nacional os valores referentes à multa e às custas processuais. V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (BRASIL. STJ – Quinta Turma. **REsp. 1181905/RS**, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/4/2011 e DJe 16/5/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19086667/recurso-especial-resp-1181905-rs-2010-0029700-0/inteiro-teor-19086668>> Acesso em: 04/07/2016>)

Verifica-se que o artigo 85 da lei 9.099 de 13 de abril de 1995 é anterior à alteração do artigo 51 do código penal que modificou a natureza da pena de multa.

Ou seja, a redação anterior do dispositivo possibilitava a conversão da pena de multa em detenção à razão de um dia de detenção a cada dia multa³³

A nova redação do artigo 51, dada pela Lei nº 9.268, de 1 de abril de 1996 transformou a multa exclusivamente em dívida de valor, que segundo o entendimento jurisprudencial acima elencado, deve ser executada perante a Fazenda Pública, impossibilitando a conversão em pena privativa de liberdade.

Destarte, ainda que não sejam cumpridas as penas impostas em razão da condenação pelo crime de porte de drogas para consumo próprio, não se vislumbra a possibilidade da imposição de pena privativa de liberdade.

1.4 A DISTINÇÃO ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Tema de inúmeras discussões jurídicas é a tênue linha que delimita a interpretação do julgador para identificar os crimes previstos no artigo 33 e 28 da lei 11.343/06, uma vez que não há um critério unicamente objetivo para a identificação dos delitos.

Neste sentido, primeiramente faz-se necessário desmitificar a ideia comumente propagada, segunda a qual estando o agente portando determinada quantia de droga este estaria incurso no crime de porte para consumo, ou a partir de determinada quantidade o crime seria o previsto no artigo 33.

Para a distinção entre os dois delitos, o legislador, acertadamente não impôs limite de quantidade ou de natureza da substância.

Trata-se de análise sobre a conduta do agente para que o julgador identifique a adequação aos núcleos do tipo penal do art. 33 ou do artigo 28, levando em consideração, mormente, o dolo, isto é, o fim a que pretendia dar à droga por meio de sua ação.

³³A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de paga-lá ou frustra a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Modo de conversão.

§ 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

Revogação da conversão

§ 2º - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996). **Art. 51 da lei 11.343/06**

Portanto, se restou demonstrado inequivocamente que o agente pretendia ou praticou a traficância, a imputação correta é aquela descrita no artigo 33 do código penal, a despeito de ser mínima a quantidade de droga ou inofensiva a natureza da substância, desde que esteja prevista na Portaria nº 344 da Anvisa como proibida.

Lado outro, se não restou claro que a droga se destinava ao tráfico, ou ainda, se restou cristalino pelas provas produzidas que a droga apreendida se destinava ao consumo do agente, a correta tipificação do delito é o crime de porte de drogas para consumo.

Igualmente, independe da quantidade apreendida ou da natureza da substância se a prova é suficiente a demonstrar que o destino da droga não seria a traficância, mas o consumo pessoal.

Com o fim de elucidar a questão acerca da destinação ao consumo pessoal, o parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Drogas considera a quantidade e a natureza da substância como critérios para a análise do julgador. Todavia, além destes, estabelece como parâmetro à interpretação: o local, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

Sobre o tema vale destacar importante comentário de Luiz Flávio Gomes:

A quantidade da droga, por si só, não constitui em regra critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na lei. O *modus vivendi* do agente (ele vive do quê?) é um dado bastante expressivo. Qual é sua fonte de receita? Qual é sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato. Não faz muito tempo um ator de televisão famoso foi surpreendido comprando uma quantidade razoável de drogas. Aparentemente, pela quantidade, seria para tráfico. Depois se comprovou *ex abundantia* sua qualidade de usuário. Como se vê, tudo depende do caso concreto, da pessoa concreta, da droga que foi apreendida, quantidade etc.³⁴

Nesta esteira, somente a quantidade e a natureza da droga, regra geral, não são suficientes para a análise do caso concreto. Assim, deve o julgador considerar os demais critérios para concluir se a droga destina-se ao tráfico ou não. Neste sentido:

³⁴BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]; **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. FATOR NÃO DETERMINANTE QUE DEVE SER VALORADO COM OS DEMAIS INDICATIVOS DO § 2º DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. O Tribunal a quo concluiu, após percuciente exame do arcabouço probatório, que, apesar da quantidade (377 gramas de maconha), a substância entorpecente apreendida era destinada ao uso do agravado. 3. O legislador, ao redigir o § 2º do art.28 da Lei n. 11.343 /2006, indicou ao intérprete critérios objetivos e subjetivos para determinar, no caso concreto, a correta subsunção do comportamento do agente. Destarte, a quantidade e natureza da substância entorpecente são fatores relevantes para delimitação do destino da droga, não tendo, contudo, o poder de suprimir os demais critérios designados - local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente.

(BRASIL. STJ. Quinta Turma. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no **AREsp 257642 MG** 2012/0244363-3. Data de publicação: 25/06/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/237504_28/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-257642-mg-2012-0244363-3-stj> Acesso em: 20/06/2016)

A opção pelo legislador ao não estabelecer critérios puramente objetivos para a distinção entre os crimes de tráfico e porte de drogas para consumo certamente reflete a subjetividade e o finalismo inerente ao Direito Penal brasileiro³⁵, incompatível com a subsunção do tipo legal a números ou percentuais, conquanto por vezes isso ocorra, como no crime de Embriaguez do Condutor de Veículo Automotor (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro), alvo de severas críticas doutrinárias^{36,37}.

³⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 16ª ed. São Paulo Saraiva, 2011. p. 238

³⁶ZAFFARONI e PIERANGELI observam que “os tipos de perigo têm acarretado sérios problemas interpretativos” (**Manual de direito penal brasileiro; parte geral**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 563, n. 311) *apud* JESUS, Damásio de. Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14

³⁷Se perigo concreto é o real e abstrato é o presumido, este corresponde ao perigo de perigo. Logo, tentativa de crime de perigo abstrato significa perigo de perigo de perigo (ZAFFARONI e PIERANGELI, Manual, cit., p. 311). Daí ZAFFARONI e PIERANGELI afirmarem que não há delitos de perigo abstrato e concreto, e sim crimes em que ora se exige a prova da situação periclitante e ora ela é presumida (Manual, cit., p. 564, n. 311). O legislador do CT, contudo, inseriu várias vezes nas definições a expressão “perigo”. Daí a obrigação de interpretar os textos sob a ótica da presença do perigo como elemento do tipo. *apud* JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito:**

É certo que caso houvesse uma distinção objetiva dos delito em exame, por vezes, pessoas que portassem uma quantidade considerável de drogas para seu consumo incorreriam no delito de tráfico, sendo-lhe imputada a desproporcional pena de 5 a 15 anos de reclusão.

Neste ponto, abrimos parêntese sobre o excessivo rigor do legislador na quantificação da pena para o delito previsto no artigo 33 da lei em estudo.

É compreensível um tratamento severo, uma vez que a Constituição Federal prevê regramento diferenciado ao delito³⁸, colocando-o ao lado de crimes hediondos, da tortura e do terrorismo, com a restrição de benefícios penais. Todavia, é no mínimo questionável que um delito que tutela a incolumidade pública tenha previsão de pena comparável àqueles que tutelam a vida, o bem jurídico mais relevante ao direito.

Para tal análise, basta reportarmos à penas dos crimes de Induzimento, Instigação ou auxílio ao suicídio ou infanticídio, dentre os quais há previsão de 2 a 6 anos de reclusão. Compara-se inclusive ao delito de homicídio, com pena mínima de 6 anos de reclusão.

Isto posto, verifica-se que objetivar a identificação dos crimes daria margem ao embasamento de decisões teratológicas, de modo que, um cidadão que comete o crime de porte de drogas para consumo, que sequer possui pena privativa de liberdade, incorreria no risco de ser acusado pelo delito de tráfico de drogas, que possui penas superiores a delitos que tutelam a vida humana.

Neste ponto, ressaltamos a importância da correta análise probatória nos delitos relacionados com o tráfico de drogas, porquanto, a interpretação equivocada da realidade pode culminar em imensurável e irreparável prejuízo ao acusado.

2. SISTEMAS LEGAIS DE PROVA

Feitas as considerações sobre os delitos relacionados com entorpecentes, surge a necessidade de abordar a forma com a qual o legislador definiu a avaliação das provas no processo penal. Assim, imprescindível que façamos um exame dos

anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15

³⁸A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. **Constituição Federal, art. 5º, inc. XLIII**

sistemas de prova existentes e sobretudo aquele predominantemente adotado na processualística penal pátria, o livre convencimento motivado.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Antes de tudo, para o exame dos sistemas probatórios, importante atentar-se ao conceito que se atribui à prova.

O vocábulo prova vem do latim – *probatio* -, que significa prova, ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*). Vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é, portanto, aquilo que é bom, é correto.³⁹

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁰ também aponta mesma origem etimológica, observando que *probus* “*significa idôneo*”⁴¹

Assim, primeiramente merece destaque o liame estabelecido entre o conceito de prova e verdade.

Segundo Mittermaier, independentemente do sistema probatório adotado a prova sempre tem como objeto a verdade. No sistema legal de provas, onde cada uma delas possui valor preestabelecido, a prova constitui uma verdade formal, ao passo que no sistema de livre apreciação tem a qualidade de verdade material. Nesse sentido, vejamos:

Em toda a prova, qualquer que seja ela, aparece a ideia de uma verdade formal ou de uma verdade material, que deve ser o seu objeto; isto é: no primeiro caso, não tendo em conta a íntima convicção do juiz, nem os motivos de decidir aconselhados pela razão e pela experiência, a lei obriga a considerar verdadeira tal demonstração, que, demais, só se apoia em certos motivos de pura fórmula; no segundo caso, ao contrário, tem o juiz o direito de basear sua convicção sobre os meios mais seguros para chegar à verdade; ponto este sobre que as regras estabelecidas pelo legislador (alemão) se originando princípio que ele se impôs de sancionar só os meios de certeza mais conformes ao seu fim, a verdade absoluta.⁴²

³⁹Sentis Melendo, La Prueba. [S.i]. [s.n] p. 33 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo, Malheiros, 2001. Vol. II. p. 611)

⁴⁰DINAMARCO, Loc. Cit.

⁴¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 156

⁴²MITTERMAIER, Carl Joseph Anthon. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi, 5 ed. Campinas: Bookseller, 2008. p. 25

Assim, o autor define prova como: “a soma dos motivos geradores da certeza”⁴³

Aragones Alonso, por sua vez, leciona no sentido de que “o conceito de prova está vinculado à atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz”⁴⁴

Tem-se, portanto, a prova como um instrumento cognitivo, a influenciar na decisão a ser proferida pelo magistrado.

De forma bastante semelhante, Gustavo Badaró a define como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”.⁴⁵

Acrescenta o autor, sobre o objeto da prova, que este encontra-se sempre inserido na alegação de um fato, e não no fato em si, posto que:

Os fatos existem apenas no mundo real, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na verdade não pode ser verdadeiro ou falso, simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos juízos a respeito de um objeto. Os ‘fatos’ debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato.⁴⁶

Por conseguinte, segundo o autor, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamento da acusação e da defesa.

Daí onde reside crítica da doutrina em relação à busca – por vezes inconsequente - da verdade real, que na verdade jamais será alcançada. O que se consegue no máximo é a prova que reflita com sinceridade o que ocorreu, formando-se assim, uma verdade processual, ou verdade substancial.⁴⁷

⁴³MITTERMAIER, Carl Joseph Anthon. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi, 2 ed. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 55

⁴⁴ARAGONES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. [S.l.].[s.n]. p. 251 *apud* LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 538

⁴⁵Cf. Neves c Castro, *Theoria das provas ...*, p. 12; Eduardo Bonnier. **Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal**. Trad. José Vicente y Caravantes. Madrid: Reus, 1928. T. I. p. 9; Moacir Amaral dos Santos. *Da prova judiciária no nível comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.vol. I. p. 12.) *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 157

⁴⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 159/160

⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, p. 44 e ss *apud* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 566

2.2 APANHADO HISTÓRICO DOS SISTEMAS DE PROVAS

Para melhor compreensão do sistema legal probatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, imprescindível destacar as demais formas de valoração outrora utilizadas.

Tem-se como principais métodos de avaliação de provas o Livre convencimento Motivado (ou persuasão racional), o Sistema Legal de Provas (ou Prova Tarifada⁴⁸) e a Intima Convicção (ou Certeza Moral do Juiz).⁴⁹

O primeiro deles (Convencimento Motivado), embora seja adotado de forma predominante na atualidade, ao menos na processualística penal brasileira, tem origem na Grécia Clássica, transmitida depois à cultura medieval entre os séculos IX e XIII.⁵⁰

À época vigorava o sistema da Democracia Direta em que Ágora era o palco central das cidades gregas, onde ocorriam as principais discussões sobre a coisa pública, considerada como o coração da sociedade, local do interesse de todos, uma espécie de câmara dos deputados, em que os deputados eram todos os cidadãos gregos.⁵¹

O procedimento que levava à condenação é marcado pelos acusadores privados, pela paridade entre as partes, da total proibição de os juízes influenciarem as provas, da vedação a denúncia anônima (princípio *ne procedat iudex ex officio*) e da punição para aquele que cometesse uma denúncia caluniosa, sem contar a necessidade de a acusação apontar quais provas iriam utilizar, sendo os julgamentos públicos, com garantia do contraditório e da ampla defesa.⁵²

⁴⁸OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2011. p. 339

⁴⁹TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8^a Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 408

⁵⁰Estes princípios, que definem a estrutura acusatória do processo penal, têm atrás de si uma elaboração mais do que bimilenária, que remonta aos albores da civilização ocidental: precisamente àquela rica e refinada tradição retórica e tópica da *ars disserendi, inveniendi e iudicandi*, que teve origem na Grécia clássica, por obra dos oradores áticos, foi desenvolvida por Aristóteles, recolhida por Hermágoras de Tenos, Cícero e os juristas romanos da época imperial e transmitida depois, por intermediação de Casiodoro, Boécio e Isidoro de Sevilha, à cultura medieval dos séculos IX a XIII. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110)

⁵¹BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288-292. *apud* Luiz Gabriel Batista Neves in: **A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL** p. 6 disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2922/2114> Acesso: 25/10/2016 04:25h

⁵²SENDRA, Vicente Gimeno. **Fundamentos Del Derecho Procesal**. Madri: Civitas, 1981, p. 190. *apud* Luiz Gabriel Batista Neves, in: **A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL** p. 5 disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2922/2114> Acesso em: 25/10/2016 04:25h

Mais tarde, na Idade Média, surge o inquérito como forma judiciária do descobrimento da verdade.

Sublinhe-se que embora também tenha origem na Grécia antiga, ficou encoberto durante séculos. Conforme demonstra Foucault:

Esta modalidade de saber é o inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos. O inquérito que ressurgiu nos séculos XII e XIII é, entretanto, de tipo bastante diferente daquele cujo exemplo vimos em Édipo. O que chamamos de inquérito (enquête) - inquérito tal como é e como foi praticado pelos filósofos de século XV ao século XVIII, e também por cientistas, fossem eles geógrafos, botânicos, zoólogos, economistas - é uma forma bem característica da verdade em nossas sociedades. Ora, onde encontramos a origem do inquérito? Nós a encontramos em uma prática política e administrativa de que irei falar-lhes, mas a encontramos também em prática judiciária. E foi no meio da Idade Média que o inquérito apareceu como forma de pesquisa da verdade no interior da ordem jurídica. Foi para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento, que o Ocidente elaborou as complexas técnicas do inquérito que puderam, em seguida, ser utilizadas na ordem científica e na ordem da reflexão filosófica. Da mesma forma, no século XIX também se inventaram, a partir de problemas jurídicos, judiciários, penais, formas de análise bem curiosas que chamaria de exame (examen) e não mais de inquérito. Tais formas de análise deram origem à Sociologia, à Psicologia, à Psicopatologia, à Criminologia, à Psicanálise.⁵³

O inquérito, portanto, tem duas origens, a administrativa e a religiosa, esta de forma mais presente na Idade média como forma substitutiva da certeza visual dos fatos que se tinha com o flagrante delito, ou ao menos o que se denominava certeza.

O inquérito nessa época surge como uma descoberta, como uma forma de reconstituição do fato ocorrido, trazendo-o à atualidade para que o procurador do rei pudesse tomar as medidas cabíveis para com o delito.

Era então promovido de forma predominantemente testemunhal, reunindo-se pessoas que pudessem garantir que viram ou que sabem daquilo que se tem em suposição.⁵⁴

⁵³FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005. p. 12

⁵⁴O inquérito teve uma dupla origem. Origem administrativa ligada ao surgimento do Estado na época carolíngia; origem religiosa, eclesial, mais constantemente presente durante a Idade Média. É este procedimento de inquérito que o procurador do rei - a justiça monárquica nascente - utilizou para preencher a função de flagrante delito de que falei anteriormente. O problema era o de saber como generalizar o flagrante delito a crimes que não eram de domínio, do campo da atualidade; como podia o procurador do rei trazer o culpado diante de uma instância judiciária que detinha o poder, se não sabia quem era o culpado, uma vez que não houvera flagrante delito. O inquérito vai ser o substituto do flagrante delito. Se, com efeito, se consegue reunir pessoas que podem, sob j

É na forma inquisitiva na qual adota-se o Sistema Legal de provas, onde o valor de cada uma delas era previamente determinado, isto é, diferente do que ocorre com os demais sistemas, o juiz não tinha a liberdade de apreciar a prova e formar sua convicção sobre a procedência ou não dos fatos alegados pelo acusador, existia um tabelamento sobre o qual o juiz era obrigado a se submeter para proferir a decisão. Como demonstra Aury Lopes Jr: “Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso.”⁵⁵

A confissão, por sua vez, apresentava um papel de grande importância, sendo considerada a prova suprema.⁵⁶ Todavia, era comumente obtida por meio de tortura, a despeito da repugnante função de tal prática⁵⁷, bastante frequente à época.⁵⁸

Por fim, como demonstra Ferrajoli, em fins do Século XVIII, como representação do pensamento Iluminista da Revolução Francesa, há a superação do Sistema Legal de provas, adotando-se então o sistema processual acusatório em que uma das características é a Livre Convicção do juiz como forma de avaliação da prova.

Instituiu-se o sistema do júri popular, extinguindo o segredo dos julgamentos, atribuindo-se a característica da oralidade e imediatidade.

O julgamento era realizado após juramento no qual os jurados se comprometiam a decidir conforme o ônus e os meios de defesa, segundo sua consciência e a íntima convicção, com imparcialidade e firmeza que convém a um homem livre.⁵⁹

uramento, garantir que viram, que sabem, que estão a par; se é possível estabelecer por meio delas que algo aconteceu realmente, ter-se-á indiretamente, através do inquérito, por intermédio das pessoas que sabem, o equivalente ao flagrante delito. E se poderá tratar de gestos, atos, delitos, crimes que não estão mais no campo da atualidade, como se fossem apreendidos em flagrante delito. Tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como se ela ainda estivesse presente. Esta inserção do procedimento do inquérito reatualizando, tornando presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se o estivéssemos presenciando, constitui uma descoberta capital (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005. p. 71-72)

⁵⁵LOPES, Aury Jr, **Direito Processual Penal**, 10^a Ed. Saraiva, p. 561

⁵⁶LOPES, *Loc. Cit.*

⁵⁷De dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e mais robusto será absolvido; o mais fraco porém, será condenado em virtude deste raciocínio: “Eu, juiz, preciso encontrar um culpado. Tu, que és vigoroso, soubeste resistir à dor, e por isso eu te absolvo, Tu, que és fraco, cedeste à força dos tormentos; portanto, eu te condeno. Bem sei que uma confissão arrancada pela violência da tortura não tem valor algum; mas se não confirmares agora o que confessaste, far-te-ei atormentar de novo” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 2015. p. 43)

⁵⁸FOUCAULT, Op. Cit. p. 75

⁵⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110-111

O sistema da Livre Convicção, embora à época tido como uma grande superação ao modelo tarifado inquisitório, apresentou-se como método capaz de fornecer enorme arbitrariedade ao magistrado, tornando-se uma negação da prova em prol da “livre” convicção, alvo de severas críticas⁶⁰.

Nesse plano, destaca Paulo Rangel, que ainda no século XVIII, com toda a injustiça social que se encontrava instalada na França, com a derrubada do rei, surge a necessidade da fundamentação das decisões como forma de controle dos atos dos juízes, dando-lhes transparência, forma de domínio popular sobre a administração da justiça, eis que surge o Livre Convencimento Motivado com notória função política.⁶¹

Na atualidade, o direito processual brasileiro adota como regra geral esse sistema, consagrado pelo legislador por meio do art. 155 do *codex* processual.⁶²

Verbis:

⁶⁰O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da "livre convicção", que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da "livre" convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus - ou, pelo menos, da necessidade - da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113)

⁶¹No sistema do livre convencimento, as decisões deverão ser motivadas, sob pena de nulidade (cf. art. 93, I X, CRFB). A razão é histórica, pois quando os revolucionários, na França, em pleno século XVIII derrubaram o Rei e toda sua estrutura a situação era de extrema injustiça social, à época do Antigo Regime. O chamado Terceiro Estado era formado pelos trabalhadores urbanos, camponeses e a pequena burguesia comercial, que eram os que pagavam impostos com o objetivo de manter os luxos da nobreza. Na época, a França era um país absolutista. O Rei Luís XVI governava com poderes absolutos, controlando a economia, a justiça, a política e até mesmo a religião dos súditos. Não havia democracia, pois os trabalhadores não podiam votar, nem mesmo dar opiniões na forma de governo. Os opositoristas eram presos na Bastilha (prisão política da monarquia) ou condenados à guilhotina.

Muito bem. Com a Queda da Bastilha (A Bastilha foi construída em 1370 e tornou-se uma prisão durante o reinado de Carlos VI . N o entanto, foi durante a Regência do Cardeal Richelieu, no século XVII, que se tornou uma prisão para nobres ou letrados, adversários políticos do regime e aqueles que se opunham ao governo, ou mesmo a religião oficial), marcando o início da Revolução Francesa e a derrubada dessa estrutura desigual de poder social, os revolucionários necessitavam controlar os atos dos juízes que permaneciam no exercício do cargo e, para tanto, a motivação das decisões, dando-lhes transparência, foi a forma de se estabelecer um controle popular sobre a administração da justiça.

Logo, sentença sem motivação é sentença oculta aos olhos do povo. Portanto, há uma função política na motivação, ou seja, justificação da decisão judicial perante a sociedade. (RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**, 18ª Ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro 2011 p. 442)

⁶²RANGEL, Op. Cit. p. 441

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.

Todavia, mister destacar que embora esta seja a regra geral, encontramos nas normas em vigência, resquícios dos outros sistemas de avaliação probatória como o a prova tarifada presente no Código de Processo Penal ao teor do art. 158 que exige o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade.

Outra marca do sistema da prova legal é a previsão do art. 232, parágrafo único, do CPP, que condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação. Ou seja, é o legislador dizendo taxativamente a forma da validade do documento como prova.

Outrossim, no ordenamento pátrio, o sistema da Livre Convicção manifesta-se no julgamento pelo tribunal do júri⁶³, onde os juízes leigos decidem por meio de votos secretos⁶⁴, pela pura convicção íntima, sem qualquer fundamentação.

2.3 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (PERSUASÃO RACIONAL)

Inicialmente, na abordagem do denominado livre convencimento motivado, ou persuasão racional⁶⁵, necessário destacar que embora o texto legal (art. 155 do CPP) tenha explicitado tamanha liberdade ao julgador, a interpretação constitucional dada pela doutrina à norma é no sentido de que o livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*⁶⁶, sobretudo com as disposições contidas no Novo Código de Processo Civil.⁶⁷

⁶³RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**, 18ª Ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro 2011. p. 442

⁶⁴É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; **Constituição Federal, art. 5º inc. XXXVIII**

⁶⁵TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 408

⁶⁶LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563

⁶⁷Produzindo efeitos reflexos no direito processual penal, o Novo CPC expurga o termo “livre” quando refere ao princípio do “convencimento motivado” (ar. 371, NCPC). Explicita, dessa forma, novos deveres do magistrado para fundamentar suas decisões (art. 93, IX, CF/88)(TÁVORA, Nestor;

Ao contrário do que ocorre na íntima convicção, onde o juiz não está adstrito à prova, ou seja, qualquer razão que lhe faça convencido pode acarretar na condenação, no sistema da persuasão racional é imprescindível que demonstre por meio da fundamentação⁶⁸, que a certeza para a condenação repousa sobre o exame da prova constante nos autos.

Portanto, a liberdade dada ao julgador não lhe permite substituir a prova por meras conjecturas, ou por mais honesta que seja, sua opinião.⁶⁹ É necessário utilizar a prova como fundamento.⁷⁰

Outrossim, destaca-se que a antiga redação do art. 155⁷¹ do CPP nada mencionava acerca da prova a qual o juiz poderia fundamentar a decisão. Entretanto, há muito tem-se sedimentada jurisprudência no sentido de que os elementos de informação colhidos no inquérito policial não podem servir como forma exclusiva de embasar a condenação.

Caso estes indícios sejam usados para influenciar na cognição do julgador devem estar amparados por outras provas produzidas em contraditório judicial, ou

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 11. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed Juspodvm, 2016. p. 82)

⁶⁸Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. **Constituição Federal, art. 93, inc. IX**

⁶⁹LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, v. II p. 157. *apud* LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563

⁷⁰Liberdade de apreciação da prova: não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O juiz extrai a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, mas não presta depoimento pessoal, nem expõe suas ideias como se fossem fatos incontroversos. Imagine-se o magistrado que, julgando um delito de trânsito, declare, nos autos, que o local do acidente é, de fato, perigoso, pois ele mesmo já foi vítima de uma colisão naquele sítio, razão pela qual entende estar certa a posição desta ou daquela parte. Trata-se de um depoimento prestado sem o devido contraditório e distante da ampla defesa, uma vez que não contrariado pelas partes. É natural que possa o julgador extrair da sua vivência a experiência e o discernimento necessários para decidir um caso, embora deva estar fundamentado, exclusivamente, nas provas constantes dos autos. No exemplo supramencionado, se ele sabe que o local é realmente perigoso, deve determinar a produção de prova nesse sentido, valendo-se de outros elementos, diversos da situação fática por ele vivida. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 422)

⁷¹No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil. **Código de Processo Penal, art. 155, § 1º.**

seja, pelas provas constantes no bojo do processo, ou nas provas cautelares⁷², que possuem contraditório diferido⁷³ (ou postergado⁷⁴).

O entendimento pela vedação ao uso exclusivo dos elementos de informação para o decreto condenatório encontra-se calcado na garantia do contraditório e da ampla defesa, consagrados na carta constitucional.⁷⁵

Aliás, parte da doutrina inclusive critica o termo *exclusivamente*, apontando que há no caso notório ranço inquisitorial, uma vez que, ainda que não de forma exclusiva, permite-se a formação do convencimento do julgador por meio de elementos colhidos sem a submissão às regras que fornecem a garantia processual ao acusado.⁷⁶

Assim, pela unilateralidade dos atos praticados na fase investigativa, o direito ao contraditório e de defesa são mitigados, restando – ainda mais - prejudicado o réu se apenas provas colhidas nesta ocasião servirem para lhe condenar.

Nesse sentido, vale destacar decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de agosto de 1992, sob a relatoria do ministro Celso de Mello:

⁷²A ressalva final é natural e, igualmente, consagrada na jurisprudência: excetuam-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Na jurisprudência: STF: “O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal, mas apenas que a condenação se fundamente exclusivamente em prova da espécie.” (HC 105837 – RS, 1.ª T., rel. Rosa Weber, 08.05.2012, v.u.). *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed, 2014 Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013. p. 425

⁷³Que, por sua especialidade, impossibilitam a participação do investigado, como as perícias sobre vestígios que desaparecem em tempo curto, e por isso, requerem exame urgente. Entre nós, essas medidas e as perícias são, em regra, determinadas durante a investigação sem a audiência do suspeito ou indiciado e sem a participação do advogado. A observância do contraditório é feita depois, dando-se oportunidade ao acusado de, no processo, contestar a providência restritiva ou de combater a prova pericial realizada no inquérito. (FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 6ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.)

⁷⁴TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 58

⁷⁵Aos 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. **Constituição Federal, art. 5º, inc. LV**

⁷⁶O que se denota, na realidade, é a impossibilidade de uma decisão com elementos exclusivamente colhidos no Inquérito Policial. Porém, se observados nessa fase e ratificados em juízo (o que vem sendo a prática judiciária), sua decisão se mostra regular, colocando, como conteúdo decisório, toda a carga ‘probatória’ produzida em sede judicial. Mas não podemos nos esquecer que esse material probatório somente pôde ser analisado, na maioria das vezes, a partir daqueles elementos que somente serviriam para criar a possibilidade de exercício da pretensão condenatória pela acusação (...)

A situação é agravada quando ocorre uma prisão flagrancial, o que na realidade, tanto a acusação quanto a decisão acabam sendo apenas uma formalização chanceladora da atuação inquisitória (...) estruturando apenas uma ritualização ratificadora da primeira fase exclusivamente inquisitória, como se fosse possível, a partir dessa estrutura, uma segunda fase acusatória. (SAMPAIO, Denis. **A Verdade no Processo Penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 136-137)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRÊNCIA - NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRÊNCIA DE LESÃO A ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5º, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O INQUÉRITO POLICIAL CONSTITUI MERO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DE CARÁTER INVESTIGATÓRIO, DESTINADO A SUBSIDIAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATA-SE DE PEÇA INFORMATIVA CUJOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS - PRECIPUAMENTE DESTINADOS AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO PÚBLICA - HABILITAR-LO-ÃO A INSTAURAR A PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO. - A UNILATERALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES DESENVOLVIDAS PELA POLICIA JUDICIÁRIA NA FASE PRELIMINAR DA PERSECUÇÃO PENAL (INFORMATIO DELICTI) E O CARÁTER INQUISITIVO QUE ASSINALA A ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NÃO AUTORIZAM, SOB PENA DE GRAVE OFENSA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, A FORMULAÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA CUJO ÚNICO SUPORTE SEJA A PROVA, NÃO REPRODUZIDA EM JUÍZO, CONSUBSTANCIADA NAS PECAS DO INQUÉRITO. - A INVESTIGAÇÃO POLICIAL - QUE TEM NO INQUÉRITO O INSTRUMENTO DE SUA CONCRETIZAÇÃO - NÃO SE PROCESSA, EM FUNÇÃO DE SUA PRÓPRIA NATUREZA, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, EIS QUE É SOMENTE EM JUÍZO QUE SE TORNA PLENAMENTE EXIGÍVEL O DEVER DE OBSERVÂNCIA AO POSTULADO DA BILATERALIDADE E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL CONTRADITÓRIA” (BRASIL. STF. **RE 136.239**, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, 14.8.1992. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709190/recurso-extraordinario-re-136239-sp>> Acesso em: 14/07/2016. Grifo nosso).

E ainda, no ano de 2003, igualmente:

“I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial. II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação” (BRASIL. STF. **RE 287.658**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 3.10.2003. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770351/recurso-extraordinario-re-287658-mg>> Acesso em: 14/07/2016. Grifos nossos).

Em agosto de 2008, entrou em vigor a lei 11.690, alterando a redação do art. 155 do CPP para o texto em vigência atualmente, explicitando o entendimento de que os elementos de informação colhidos na fase de investigação não podem servir como exclusivo fundamento da condenação⁷⁷. Assim, por razões lógicas, a Corte Suprema manteve o entendimento adotado, conforme se observa no informativo nº 366⁷⁸, de 18 a 22 de outubro de 2004, cuja nota extraída do HC 84517⁷⁹ consta o seguinte: “Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo”

Igualmente, vê-se a manutenção do entendimento em decisão mais recente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NA FASE INQUISITORIAL NÃO REPRODUZIDAS EM JUÍZO: OFENSA AO ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “*ROUBO AGRAVADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PARTICIPAÇÃO - PALAVRA DA VÍTIMA - CONDENAÇÕES QUE SE IMPÕEM (...). Recurso ministerial parcialmente provido*” (fl. 620). 3. Razão jurídica assiste ao Recorrente. 4. Ao atribuir ao Recorrente a autoria de prática delituosa, o Tribunal a quo fundamentou-se exclusivamente em prova produzida no inquérito policial e na circunstância de que a retratação da confissão extrajudicial não teria qualquer respaldo probatório. Não há, no julgado recorrido, qualquer referência a prova colhida em juízo capaz de confirmar as realizadas na fase inquisitorial, tampouco se aludiu à submissão dessas ao crivo do contraditório. Ao contrário, o Tribunal de origem asseverou expressamente que “algumas das provas aqui colacionadas, por razões diversas, não passaram pelo crivo do contraditório” (fl. 639). Assim, o julgado recorrido divergiu da orientação jurisprudencial consolidada pelo Supremo Tribunal Federal: (...) 5. Ressalte-se que o único depoimento judicial mencionado no julgado recorrido (fls. 642-643) diz respeito a uma das qualificadoras do crime imputado ao Recorrente, e não à autoria. 6. Finalmente, cumpre observar que a situação do corrêu Camilo Lélis

⁷⁷Em outros termos, não se trouxe grande inovação, mas apenas se tornou expresso o que já vinha sendo consagrado pela jurisprudência pátria há anos (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 425)

⁷⁸BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo366.htm>> Acesso em: 19/11/2016

⁷⁹BRASIL. STF. 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84517&classe=HC&origem=AP &recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19/11/2016

Muniz Oliveira não é idêntica à do Recorrente. Com base no depoimento judicial do primeiro, o Tribunal de origem consignou que “o apelado não foi capaz sequer de apresentar versão coerente para o envolvimento de seu nome nas hospedagens e aluguel de sítio” (fl. 635). Essa circunstância impede a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal. 7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para restabelecer a sentença absolutória de Wagner Augusto Pereira. Determino a expedição de alvará de soltura em favor do Recorrente, se tiver sido cumprido o mandado de prisão de fl. 567 e o Recorrente não estiver preso por outro motivo. Publique-se. Brasília, 11 de fevereiro de 2010. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (BRASIL. STF. **RE: 607173 MG**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/02/2010, Data de Publicação: DJe-043 DIVULG 09/03/2010 PUBLIC 10/03/2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7852770/recurso-extraordinario-re-607173-mg-stf>> Acesso em: 14/07/2016. Grifo nosso)

Por fim, vale transcrever lições de MITTERMAIER sobre o embasamento condenatório que repousa apenas em indícios.

Quando se trata de provas ordinárias, que simplesmente descansam na evidência material imediata, a razão sente-se convencida, uma vez que os terceiros, que vêm depor o que observaram mereçam ser acreditados, e que nos diga a experiência que os fatos estão em perfeita harmonia com as ideias que fazemos do possível e do verossímil; **quando ao contrário, são indícios que se ofereçam ao espírito como fonte de certeza, a razão tem que empenhar-se em indagações mais complicadas, antes de poder declarar-se satisfeita.**(grifos nossos)⁸⁰

Outro ponto importante a se abordar acerca do sistema do Livre Convencimento Motivado é que existem limites que visam à proteção de certos valores reconhecidos e positivados na ordem jurídica, podendo ocorrer tanto em relação ao *meio de obtenção de prova*, no aspecto em que esse meio implicaria violação de direitos e garantias, quanto ao que se refere à *valoração da prova*⁸¹.

No que se relaciona ao meio de obtenção de provas, tanto a Constituição da República⁸² quanto o CPP, no art. 157⁸³ vedam a utilização de provas ilícitas.

⁸⁰MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, 5ª Edição. Campinas: Editora Bookseller, 2008. p. 144

⁸¹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 292-293

⁸²São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. **CRFB/88 Art. 5º LVI**

⁸³Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Pelo corolário, se sequer devem estar presentes nos autos, tampouco podem ser utilizadas pelo julgador para a formação de seu convencimento.

Quanto à apreciação da prova vale destacar o limite quanto ao estado de pessoa, que encontra-se previsto no § 1^o⁸⁴ do art. 155 do CPP, exigindo que sejam observadas as restrições constantes na lei civil para as comprovações no processo penal.

Desse modo, conclui-se exemplificativamente que para a comprovação da circunstância atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, inciso I⁸⁵ do Código Penal, necessário que se tenha nos autos o documento civil capaz de demonstrar a data de nascimento do réu, não podendo supri-lo a prova testemunhal.

Por fim, como já destacado, tem-se como limite ao livre convencimento a obrigatoriedade do exame pericial quando a infração penal deixar vestígios. É o que se encontra positivado no art. 158 do CPP: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Trata-se de exceção à regra geral de liberdade de produção probatória que caso descumprida gera nulidade, como destaca Guilherme de Souza Nucci:

Preocupa-se a lei com os crimes que deixam rastros passíveis de constatação e registro, obrigando-se, no campo das provas, à realização do exame de corpo de delito. Trata-se de uma prova imposta por lei (prova tarifada), de modo que não obedece à regra da ampla liberdade na produção das provas no processo criminal. Assim, não se realizando o exame determinado, pode ocorrer nulidade, nos termos do disposto no art. 564, III, b, do Código de Processo Penal⁸⁶

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) **Código de Processo Penal, art. 157.**

⁸⁴Art. 155: Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. **Código de Processo Penal, art. 155**

⁸⁵São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença. **Código Penal, art. 65**

⁸⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 457

Entretanto, importante salientar que todas essas limitações não determinam uma hierarquia de provas a ser observada pelo juiz. A *contrario sensu*, o magistrado é livre para a formação de seu convencimento a partir das provas válidas presentes nos autos.⁸⁷ Não há, assim, a supremacia de um ou outro meio probatório, como ocorria com a confissão, na vigência do Sistema Legal de Provas.

A validade da prova para a condenação encontra-se condicionada à sua licitude, ao meio probatório em adequação com o fato a ser provado e, sobretudo, à devida fundamentação feita pelo julgador.

Neste ponto, merece destaque que a valoração da prova encontra-se intimamente relacionada com a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, insculpida no texto magno no art. 93, inciso IX, pela redação dada por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004:

IX todos os **juízos dos órgãos do Poder Judiciário** serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifamos)

Logo, a liberdade do convencimento não autoriza o magistrado a julgar arbitrariamente, devendo declinar as razões que o levaram a entender que tal ou qual prova merece ser acolhida, fundamentando racionalmente, de modo a possibilitar que as partes, caso descontentes com a decisão, possam exercer o duplo grau de jurisdição, para sua reforma ou, se for o caso, a anulação.⁸⁸

Por fim, reiteramos que as regras do sistema probatório constituem requisito da validade da prova, como se observa por exemplo com a expressa previsão de nulidade contida no art. 564, inciso III, 'b'⁸⁹ do CPP. Todavia, eventual desconsideração da prova na motivação da sentença ou em grau de recurso, não constitui, por si só,

⁸⁷OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 293

⁸⁸OLIVEIRA, Op. Cit. p. 291

⁸⁹A **nulidade** ocorrerá nos seguintes casos: (...)

III - por **falta** das fórmulas ou dos termos seguintes:

b) o **exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios**, ressalvado o disposto no Art. 167; **Código de Processo Penal, art. 564**

nulidade (*erro in procedendo* – erro de processamento), mas apenas um erro no julgamento (*erro in iudicando*).⁹⁰

Por conseguinte, é perfeitamente possível que o juiz singular profira decisão condenatória, entendendo, motivadamente que as provas dos autos são suficientes para a comprovação de todos os elementos do crime e, no entanto, em grau de recurso, o tribunal competente entenda, por maioria ou unanimidade, estar provada a inexistência do crime (CPP Art. 386, inciso I), não haver prova da existência do fato (CPP Art. 386, inciso II), estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (CPP Art. 386, inciso IV), não existir prova de que o réu concorreu para a infração penal (CPP Art. 386, inciso V), que pelas provas existem excludentes de ilicitude (CPP Art. 386, inciso VI) ou ainda que a prova não seja suficiente para a condenação (CPP Art. 386, inciso VII).⁹¹

2.4 A PROVA TESTEMUNHAL E A SUA CREDIBILIDADE

Feitas as considerações sobre o sistema de valoração de provas adotado no processo penal brasileiro, cumpre dirigir o estudo para a prova testemunhal, tema central do assunto abordado.

Em adequação à liberdade probatória, impôs o legislador que todas as pessoas podem ser testemunha (art. 202 do CPP)⁹². No entanto, curvando-se a valores presentes na ordem jurídica, trouxe algumas exceções, tanto na possibilidade da recusa de testemunhar, quanto à vedação do testemunho a ser prestado por determinadas pessoas.

No que se refere ao direito de recusa, a previsão legal encontra-se no art. 206 do CPP:

⁹⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 294

⁹¹O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) **Código de Processo Penal, art. 386**

⁹²Toda pessoa poderá ser testemunha. **Código de Processo Penal, art. 202**

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 desquitado⁹³, 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.

A regra tem fundamento moral e humanista⁹⁴, pois absurdo seria exigir, v.g, que uma mãe preste depoimento a servir de prova contra um filho em razão de crime que tenha testemunhado, submetendo-a ainda às severas penas previstas para o crime de Falso Testemunho⁹⁵, caso venha a fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, sobretudo tratando-se de declaração feita em processo penal, cuja pena é majorada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços)⁹⁶.

Ademais, forçoso seria presumir a imparcialidade de tais pessoas, pois o vínculo que tem com o réu naturalmente resulta em influência no teor das afirmações prestadas, o que esvazia a própria razão de ser do testemunho.

Nesse sentido, Espínola Filho:

Compreende-se que, pelo interesse evidente na sorte de quem é acusado num processo criminal, o seu cônjuge, os seus ascendentes e descendentes, consanguíneos ou afins, os seus pais, ou filhos adotivos, os seus irmãos, não podem, sem contrassenso e desumanidade (além de uma exigência estulta e ineficiente), ser forçados a um compromisso de dizer a verdade, mesmo contra aquele, podendo levá-lo à condenação, e, pois, quando se não dispensem, totalmente, do comparecimento essas pessoas, por ocorrer a hipótese

⁹³Leia-se, a pessoa separada judicialmente. Cremos que, tendo havido o divórcio – à época da edição do Código de Processo Penal inexistente no Brasil –, o vínculo está dissolvido, de modo que a pessoa não mais tem o direito de se recusar a depor (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 605)

⁹⁴Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para sua própria destruição! Como se, o mais das vezes a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião! A História dos Séculos prova que esse dom sagrado do céu é a coisa de que mais se abusa. E como respeitarão os celebrados, se ela é diariamente ultrajada pelos homens considerados mais sábios e mais virtuosos? (BECCARIA, Cesare; **Dos Delitos e das Penas** - tradução de Paulo M. Oliveira, 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. P. 40)

⁹⁵Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. **Código Penal, art. 342**

⁹⁶§ 1o As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. **Código Penal, art. 342**

encarada no final do art. 206, são ouvidas como elementos, que apenas se consideram capazes de prestar informações úteis à justiça, mas prevenido, de antemão, o juiz sobre a impossibilidade de contar com uma completa isenção de ânimo de tais informantes, por isso mesmo isentas do compromisso.⁹⁷

Em dinâmica diversa, optou o legislador por vedar o testemunho de pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o testemunho (Art. 207 do CPP)⁹⁸.

Na ocasião, não se trata de mera opção do depoente, mas obrigação legal imposta de acordo com as peculiaridades de cada função, ministério, ofício ou profissão, cujos profissionais devem guardar segredo.⁹⁹

A despeito de a lei processual resguardar o direito da liberação do dever de guardar sigilo, merece atenção a peculiaridade quanto ao advogado.

Nesse caso, a autorização feita pelo CPP resta prejudicada, uma vez que o Código de Ética e Disciplina da OAB em seu artigo. 26 assim determina:

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

A proibição decorre de um imperativo ético da profissão e nem mesmo com a autorização do constituinte o advogado pode depor.¹⁰⁰

Outro ponto relevante ao tema em exame diz respeito à (im)possibilidade de o policial prestar depoimento no processo em cuja fase pré-processual tenha atuado.

Ab initio, sob a perspectiva legal, na análise dos dispositivos aqui abordados não há que se afirmar qualquer proibição, haja vista que o policial não está obrigado a guardar segredo sobre as ocorrências que participa ou as atividades que exerce, igualmente, não se encontra no rol dos desobrigados a depor.

⁹⁷**Código de Processo Penal brasileiro anotado**, v. 3, p. 96-97 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 604

⁹⁸São 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. **Código de Processo Penal, art. 207**

⁹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 606

¹⁰⁰LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 664

Por outro lado, com a adoção da regra geral do art. 202, segundo a qual toda pessoa pode testemunhar, encontra-se autorizado o depoimento do referido agente público, valendo suas declarações como as de qualquer outra testemunha.

Todavia a questão tormentosa quanto ao testemunho do policial é a sua parcialidade em razão do envolvimento com o fato.

Se por um lado o policial, assim como qualquer outra pessoa, não pretende prejudicar alguém que considera inocente, o envolvimento na investigação gera a necessidade de justificar a legalidade dos seus atos.

Nesse sentido, vale transcrever importantes lições de Aury Lopes Jr:

Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento. A restrição não é em relação à possibilidade de depor, mas sim ao momento de (des)valorar esse depoimento.¹⁰¹

Passada essa problemática, cumpre abordar a forma com a qual o juiz deve analisar a credibilidade da testemunha. O que se encontra previsto no art. 203 do CPP. Vejamos:

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**. (grifo nosso)

O primeiro ponto diz respeito à “promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado”.

Aqui, trata-se da diferenciação entre o que a doutrina denomina como testemunha ou informante.

¹⁰¹LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 680

Por testemunha considera-se aquele que efetivamente presta o compromisso legal, estando, pois, sujeito às penas do crime de Falso Testemunho caso venha a falsear, negar ou calar a verdade. Sem dúvida, normalmente são os mais úteis ao processo.¹⁰²

O informante, por sua vez, é aquele que não se submete ao compromisso legal, como exemplo as pessoas que não são obrigadas a depor. Além disso, assentou-se o entendimento de que também devem ser tidas como informantes aqueles que naturalmente não são confiáveis, como os menores de 14 anos e pessoas que possuam problemas mentais:

Por outro lado, fixou o entendimento de que há outros indivíduos, ouvidos como meros informantes ou declarantes, sem o compromisso, por fatores variados: a) podem ser parentes ou pessoas intimamente ligadas ao réu (art. 206 c/c art. 208, CPP), buscando protegê-lo; b) podem não ser naturalmente confiáveis, como os menores de 14 anos, com a possibilidade de fantasiar o que viram e sabem (art. 208), ou os deficientes e doentes mentais, que não têm o discernimento exigido para a validade exigida pelo compromisso (art. 208)¹⁰³

Assim, o juiz deve considerar como um dos parâmetros da credibilidade da testemunha, o fato de ela estar ou não legalmente compromissada com a verdade.

O segundo ponto sobre o qual deve ser examinada a credibilidade da prova testemunhal repousa nas “razões de sua [do depoente] ciência” ou nas “circunstâncias” (de fato).

Eis aqui uma subjetiva análise que incumbe ao magistrado. Guilherme de Souza Nucci, utilizando-se de lições da psicologia judiciária, denomina este exame da credibilidade como *testemunhabilidade*, “isto é, interesse despertado na comunidade diante do testemunho da ocorrência de um fato”.¹⁰⁴

Nas palavras de Altavilla, esse interesse gera fenômenos correlatos e consequenciais, tais como a *memoriabilidade* (capacidade que o fato possui de se fazer recordar com precisão), a *fidelidade* (situação subjetiva gerada no espírito da testemunha, consistente na capacidade de reproduzir com exatidão o que sabe) e a *sinceridade* (situação subjetiva da testemunha, que se expressa sem a intenção de enganar).

¹⁰²LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 667

¹⁰³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 589

¹⁰⁴NUCCI, Op. Cit. p. 595

Sob tais prismas, por vezes, um depoimento sem lógica, contraditório, é considerado pouco fiel, porque se julga que a testemunha não se recorda bem, ou então insincero, ao passo que os testemunhos correntes dão uma impressão de fidelidade e de veracidade; e pode ser o contrário, provindo o primeiro de uma dificuldade em se exprimir, ou de um fenômeno de timidez, ao passo que a naturalidade do segundo pode derivar de uma hábil preparação.¹⁰⁵

Critério que também pode influenciar no julgamento – da credibilidade - firma-se nas características biológicas do depoente. A depender do sexo ou da idade, determinadas informações podem ser fornecidas com maior ou menor precisão.¹⁰⁶

Destarte, vale salientar o importante papel a ser exercido pelo advogado – ou defensor - e pelo promotor de justiça no momento da produção da prova oral.

Na ocasião, havendo fundadas razões devem contraditar as testemunhas¹⁰⁷, isto é, antes de iniciar o depoimento, fazer objeções em razão das circunstâncias que lhe tornem imparciais ou indignas de fé.

Nos casos dos artigos 207 e 208 do CPP, deve o juiz excluí-las. Porém, na hipótese de se constatar apenas falta de confiabilidade, a impugnação deve constar em ata para que seja considerada no momento da avaliação da prova¹⁰⁸.

¹⁰⁵ ALTAVILLA, cf. Enrico, **Psicologia judiciária**, v. 2, [s.l]:[s.n]. p. 251-252 *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 595

¹⁰⁶Curiosidade é o ávido desejo de tomar conhecimento de algo, sabendo, informando-se e aprendendo sobre matéria de peculiar interesse. O ser humano é naturalmente curioso, embora cada qual tenha assunto ou objeto de sua preferência. Enquanto os homens apreciam acompanhar fatos violentos e cruéis, as mulheres voltam-se mais a aspectos minuciosos e detalhistas do comportamento ou da aparência das pessoas. As crianças, por sua vez, dentro da sua ignorância, são vorazes observadoras de tudo e de todos, encontrando novidade nos fatos mais comezinhos (cf. Enrico Altavilla, *Psicologia judiciária*, v. 2, p. 256-257). Por isso, deve o magistrado levar em consideração poder um crime violento escapar à percepção e à memorização de uma testemunha do sexo feminino, que busca evitar armazenar tais dados em sua mente, procurando até desviar os olhos de situações cruentas, enquanto testemunhas do sexo masculino, em grande parte dos casos, deixam de reter detalhes da cena criminosa, como vestuário do agente, gestos específicos e cenário, guardando somente o principal. Crianças, porque tudo colhem, são, a princípio, excelentes narradoras de cenas e detalhes, mas podem fantasiar, dentro da sua natural fase de desenvolvimento e autoafirmação. Leve-se, pois, em conta a curiosidade das pessoas para avaliar a credibilidade dos seus testemunhos (NUCCI, Guilherme de Souza **Código Penal Comentado**, 13ª ed Rio de Janeiro: Editora Forense: 2014. p. 597)

¹⁰⁷Antes 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. **Código de Processo Penal, art. 214**

¹⁰⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2014. p. 634

3. A INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

3.1 A “NÃO DESAUTORIZAÇÃO” PARA CONDENAR E A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA PALAVRA DO POLICIAL

Como forma de abordar a interpretação da súmula 70 vale salientar o limite empregado pelo Tribunal ao mencionar que o magistrado *não está desautorizado* de condenar caso a *prova oral* restrinja-se ao depoimento de autoridades policiais e seus agentes.

Para tanto, rememoremos o verbete sumular: "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação." (Grifo nosso)

O primeiro ponto a se questionar sobre a denominada “não desautorização” é a terminologia empregada.

Afirmar que o magistrado está ou não autorizado a condenar com base em tal ou qual prova é uma forma de empregar valor a uma forma probatória, o que não parece condizer com o sistema da Persuasão Racional atualmente adotado, mas à Prova Tarifada, pois se o magistrado está incumbido da análise individualizada da prova não há como definir de forma genérica que um tipo de prova é ou não suficiente para a condenação.

Se na Persuasão Racional o juiz deve condenar ou absolver de acordo com o seu convencimento, com exceção das previsões legais vistas anteriormente (como art. 158 do CPP), sempre está autorizado a condenar, desde que motivadamente exponha as razões que o convenceram sobre a procedência da acusação.

Tal raciocínio, portanto, esvazia ou no mínimo torna redundante o emprego do termo “não desautoriza”, pois esta lógica decorre do próprio sistema de avaliação probatória adotado pelo CPP.

Questiona-se, então, se é possível afirmar que havendo exclusiva prova oral de policiais afirmando a traficância realizada pelo acusado o juiz encontra-se aprioristicamente autorizado para a condenação.

Para responder a questão, reportamo-nos, a dois pontos importantes: a configuração do crime de tráfico de drogas e a forma de avaliação probatória do processo penal pátrio.

Inicialmente, como já abordamos no primeiro capítulo, para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes é imprescindível perquirir os elementos objetivos e subjetivos da conduta, pois não existe uma forma preestabelecida para a identificação do crime.

Assim, além da quantidade e da natureza da substância entorpecente, faz-se necessária a avaliação de elementos como autoria, excludentes de ilicitude, exculpantes, *modus vivendi* do agente, profissão, sinais de riqueza, enfim, circunstâncias que possam (des)constituir elementos do crime ou que apresentem relevância na análise fática.

O outro ponto a ser problematizado é a submissão dessas provas ao sistema da Persuasão Racional vigente no processo penal brasileiro.

Como visto, é crucial que toda a prova submetida ao processo seja devidamente analisada. Que sejam observadas as particularidades inerentes ao caso concreto e em se tratando de prova testemunhal, seja examinada a credibilidade do depoente.

Mas a já mencionada “*não desautorização*” poderia ser interpretada como *autorização*, possibilitando a condenação automática, sem a observância desses critérios legais?

Valemo-nos das lições de Nelson Hungria para, juntamente com o estudo feito anteriormente sobre a avaliação probatória, responder negativamente. Ou seja, não está o juiz autorizado a empunhar-se de axiomas jurídicos¹⁰⁹ para decidir pela condenação. Vejamos:

(...) dentro dos autos, no exame das provas coligidas, não está o juiz adstrito a nenhuma *fictio juris* ou a critérios prefixos. No campo dos fatos humanos, a correspondência estatística de um dado efeito a uma dada causa não autoriza proclamar-se como um axioma que esse efeito se dará, impreterivelmente, sempre que ocorrer essa causa. Se as próprias leis físicas, as mais incontestadas, são relativas e estão sujeitas a retificações, não se compreende que a lei social adote prévios critérios invariáveis e hirtos para tratamentos de fatos do homem, que, embora idênticos na sua aparência, podem ser profundamente diversos na sua essência, no seu sentido e finalidade.¹¹⁰

¹⁰⁹O axioma no caso seria o seguinte: se o policial afirmou que existe o tráfico de drogas, há prova suficiente para a condenação.

¹¹⁰Nelson Hungria [s.l.][s.n.] *apud* BRASIL. STF – Segunda Turma. **HC 101.265**, Relator: Min. Ayres Britto Redator Do Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Publicação: 10/04/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085123/habeas-corporus-hc-101265-sp-stf/inteiro-teor-110524495>> Acesso em: 25/08/2016

Outro ponto de análise relevante para a interpretação do verbete relaciona-se com o liame estabelecido entre a *não desautorização para condenar* e a (in)consequente presunção da legitimidade da palavra do policial.

De fato, o texto da súmula 70 não afirma que se deva presumir a legitimidade das palavras dos policiais, mas a questão mais tormentosa firmada na jurisprudência – analisada adiante – é exatamente essa, porquanto o que se vê é a verdadeira presunção de veracidade da palavra dos policiais com espeque na súmula 70, bem como pela – interpretação que se faz da – jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual o fato de o depoimento ser prestado por agente policial não é por si só razão para invalidá-lo ou lhe presumir descrédito.

Vale transcrever julgados que demonstram o entendimento apontado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada. (BRASIL. STF. **HC: 87662** PE, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 05/09/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-02-2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14731486/habeas-corporus-hc-87662-pe>> Acesso em: 25/08/2016)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO.ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE QUANDOPRESENTES PROVAS OUTRAS NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTESDO STJ E STF. ALEGADA NULIDADE INEXISTENTE. 1. Se mostra prescindível

a perícia - exame de corpo de delito -para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento. Precedentes do STJ e STF. 2. Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese e vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo. 3. "A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios" (HC 135.972/SP).CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS OFENDIDOS. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.INOBSERVÂNCIA.1. A assertiva de inexistência do respaldo probatório para a condenação do paciente reclama o revolvimento aprofundado do conjunto de elementos contidos no processado, ao qual não é o mandamus o instrumento adequado, sendo inviável proceder-se conforme requerido no remédio constitucional.2. Ainda que assim não fosse, in casu, constata-se que o Juízo Singular, ao proferir a sentença, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando o édito repressivo no depoimento dos policiais.3. Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido - no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime -, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento. 4. Nesse contexto, e com maior razão, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo. 5. Ordem denegada. (BRASIL. STJ. HC: 177980 BA 2010/0121406-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 28/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21103252/habeas-corpus-hc-177980-ba-2010-0121406-4-stj>> Acesso em: 25/08/2016 – grifo nosso)

Constata-se que assim como ocorre com o enunciado da súmula 70, o entendimento do Supremo Tribunal Federal não é no sentido de tolher do magistrado a avaliação – da credibilidade – da prova testemunhal, mas fazer com que sua palavra seja considerada como a de qualquer outra testemunha, isto é, que seja submetida às regras atinentes à observação da credibilidade previstas para o processo penal (art. 203 do CPP).

Assim, nota-se certa distorção da “norma”¹¹¹ presente no texto da súmula e da jurisprudência do STF ao afirmar que dispõem da presunção de credibilidade da palavra do agente público. Não se trata disso, mas apenas afirmam a plena validade, como qualquer testemunho, seguindo a regra do art. 202 do CPP.

3.2 O VERBETE DA SÚMULA 70 E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Na esteira da abordagem sobre a “não desautorização” contida no verbete sumular em questão, desdobra-se o entendimento jurisprudencial que consiste na resultante inversão do ônus¹¹² da prova¹¹³ no processo penal, que por força do art. 156 do CPP, regra geral, é da acusação¹¹⁴.

Ou seja, conforme se observa nos arestos a seguir transcritos, por vezes, havendo prova oral obtida a partir dos depoimentos policiais em desfavor do acusado, para que não haja a condenação, entendem os julgadores do TJRJ que a defesa deve fazer prova que desconstitua o valor das declarações, haja vista que por se tratar de agentes públicos seus depoimentos possuem presunção de credibilidade/veracidade. Vejamos:

¹¹¹ Referimo-nos a norma no sentido da literalidade do texto, não à força coercitiva jurídica, posto que sequer dispõe de tal atributo.

¹¹² A palavra ônus vem do latim onus, oneris, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. Sob o ponto de vista jurídico processual, podemos dizer que ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Diferente do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O ônus não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência. (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 18ª Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011. p. 426

¹¹³ Em primeiro lugar, porque gera um desequilíbrio na relação processual (o Estado-Administração, titular do poder de punir, passa contar com elementos probatórios ‘confiáveis’ construídos por seus agentes). Segundo: por inverter o ônus probatório em oposição à normatividade constitucional; por contrariar o princípio da presunção de inocência (CASARA, Rubens R. R. **Presunção de Veracidade dos Depoimentos dos Agentes Públicos: Testemunhas “Acreditadas”, da Tradição Islâmica ao Autoritarismo Brasileiro, in Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**, Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 151. Grifamos)

¹¹⁴ A regra inserta na Carta Política (art. 5º, LVI I) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência deste álibi. Não há que se confundir ônus com dever jurídico do Ministério Público em provar o fato. O ônus é um encargo, uma obrigação para consigo mesmo. Pois se a lei (cf. art. 5º, LVI I , da CRFB) encarrega alguém de praticar um ato em seu próprio benefício e o encarregado não o realiza, não o pratica, ninguém, a não ser o próprio, suportará o prejuízo. Não há que se falar em imposição de pena para o encarregado. (CASARA, Op. Cit. p. 47)

O acusado praticou conduta proibitiva do art. 33, caput, da Lei 11343/06. **Depoimento policial que goza de presunção de veracidade. Inteligência do Verbete 70 do E.TJERJ.** Nesse sentido, não há que se falar em insuficiência probatória, sendo a prova coligida suficiente a confirmar que o acusado realizava o tráfico ilícito de entorpecentes, devendo permanecer, portanto, a condenação imposta¹¹⁵

INDIQUE-SE QUE A DINÂMICA NARRADA PELO POLICIAL FOI CORROBORADA POR OUTRO AGENTE POLICIAL, **SENDO CERTO QUE O DEPOIMENTO DE AMBOS É REVESTIDO DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE, NOS TERMOS DO ENUNCIADO 70 DESTE E. TJRJ.**¹¹⁶

DEPOIMENTOS PRESTADOS POR ESTES AGENTES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO OSTENTA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE¹¹⁷

PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO DEPOIMENTO DO POLICIAL QUE NÃO RESTOU AFASTADA PELA DEFESA. VALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NEGADO.¹¹⁸

SENDO CERTO QUE OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS GOZAM DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE, **CABENDO A DEFESA DESCONSTITUÍ-LA.** INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA TAL FIM¹¹⁹

(...) **não foi trazido aos autos qualquer dado** que retirasse a credibilidade das oitivas dos agentes da lei.¹²⁰

Os depoimentos dos Policiais Militares são merecedores de plena **credibilidade**, pois se apresentam coerentes e harmônicos,

¹¹⁵BRASIL. TJRJ. 6ª Câmara Criminal. Des. Renata Machado Cotta. **Apelação 0035159-81.2009.8.19.0002.** Publicação: 22/05/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201005003494>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹¹⁶BRASIL. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Siro Darlan De Oliveira. **Apelação 0119093-66.2011.8.19.0001.** Publicação: 28/06/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205000714>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹¹⁷BRASIL. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Jose Muinos Pineiro Filho. **Apelação 0004222-56.2012.8.19.0011.** Publicação: 23/07/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305013427>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹¹⁸BRASIL. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Sidney Rosa Da Silva. **Apelação 0012504-50.2011.8.19.0001.** Publicação: 17/03/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405000666>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹¹⁹BRASIL. TJRJ. 1ª Câmara Criminal. Des. Luiz Zveiter. **HC 0020148-13.2012.8.19.0000.** Publicação: 18/05/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205903490>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²⁰BRASIL. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Elizabete Alves de Aguiar. **Apelação 0001003-67.2015.8.19.0031.** Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605002792>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

além do que **não tinham motivos para imputar falsamente ao acusado tão graves crimes**, e tal posicionamento está sumulado neste Tribunal de Justiça pelo **Verbetes nº 70(...)**¹²¹

Encontra-se pacificado na jurisprudência e na doutrina que **os depoimentos de policiais militares gozam de presunção de veracidade, pela simples condição funcional**, desde que não infirmada por outros elementos de prova, é a hipótese dos autos. Incidência da Súmula 70 deste Eg. Tribunal de Justiça.¹²²

(...)goza o testemunho policial de **presunção de credibilidade**. Assim, para restar destituído de valor probante é necessária a **demonstração de motivo sério e concreto, não sendo suficiente mera alegação** desacompanhada de elementos de convicção.¹²³

Não tendo sido comprovada a versão defensiva, não há porque questionar a idoneidade dos depoimentos, diante da segurança com que foram prestados, conforme a **Súmula nº 70** do TJ/RJ.¹²⁴

(...)ao contrário do que alega a defesa, os depoimentos prestados pelos policiais mostraram-se seguros e congruentes, merecendo, **à míngua de prova em contrário, total prestígio**, a teor da **Súmula nº 70** da Corte.¹²⁵

Na condição de agentes públicos **é de se conferir a devida credibilidade às suas declarações, somente se mostrando razoável desacreditar tal prova quando contraditória com os demais elementos** dos autos¹²⁶

(...)não se afigura razoável **admitir** que o Estado permita fazer-se representar por agentes indignos de **credibilidade. Pensar de outra**

¹²¹BRASIL. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Adriana Moutinho. **Apelação 0200845-21.2015.8.19.0001**. Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605000707>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²²BRASIL. TJRJ. 5ª Câmara Criminal. Des. Antonio Carlos Dos Santos Bitencourt. **Apelação 0024043-48.2011.8.19.0054**. Publicação: 08/01/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305008741>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²³BRASIL. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Cláudio Tavares de A. Junior. **Apelação 0001110-92.2014.8.19.0081**. Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605000527>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²⁴BRASIL. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Flávio Marcelo Fernandes. **Apelação 0025658-07.2013.8.19.0021**. Publicação: 29/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505012617>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²⁵BRASIL. TJRJ. 3ª Câmara Criminal. Des. Suimei Meira Cavalieri. **Apelação 0295608-48.2014.8.19.0001**. Publicação: 12/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013286>> Acesso em: 06/09/2016. Grifo nosso

¹²⁶BRASIL. TJRJ. 3ª Câmara Criminal. Des. Suimei Meira Cavalieri. **Apelação 0003238-38.2010.8.19.0045**. Publicação: 27/09/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205004458>> Acesso em: 04/09/2016. Grifo nosso

forma seria subverter por completo a presunção de legalidade, atributo essencial dos atos administrativos, notadamente quando ausente qualquer fato indicativo de que as declarações dos policiais não possam merecer crédito e aptidão para embasar a convicção judicial.¹²⁷

A simples alegação de falta de isenção e confiabilidade, desacompanhada de qualquer **elemento objetivo e concreto** capaz de abalar a **credibilidade** da palavra dos policiais, não basta para afastar o seu valor probatório.¹²⁸

Os depoimentos dos policiais militares possuem inteira **credibilidade**, porquanto são harmônicos e firmes quanto à dinâmica dos fatos, **divergindo apenas em detalhes** que, por si só, não têm o condão de desmerecê-los, especialmente, à consideração **das inúmeras diligências que os policiais realizam diariamente, impedindo recordarem-se de várias minúcias**, não havendo como discutir, por isso, sua validade, incidindo na hipótese o entendimento consolidado nos Tribunais, inclusive nesse, por meio da **Súmula 70**.¹²⁹

Pode-se afirmar, portanto, que embora a súmula de fato não expresse literalmente que a palavra do policial tem presunção de veracidade, a interpretação dada por **todas as - oito - câmaras criminais** do TJRJ é nesse sentido.

Eis que então, a presunção da veracidade do depoimento policial acaba por obrigar o réu, caso não queira se ver condenado, a produzir prova cabal de sua inocência.

Especialmente, nos crimes de tráfico de drogas resta extremamente dificultada a contraprova da defesa, haja vista principalmente o fato de que na maioria das vezes o rol de testemunhas é formado exclusivamente pelos policiais responsáveis pela prisão¹³⁰. Assim, é de grande importância que o(s) policial(is), podendo, providencie(m) testemunhas da prisão, de preferência estranhas aos quadros da polícia, o que curiosamente não costuma ocorrer.

¹²⁷BRASIL. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Jose Muiños Piñeiro Filho. **Apelação 0002156-04.2013.8.19.0065**. Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505002561>> Acesso em: 02/09/2016/. Grifo nosso

¹²⁸BRASIL. TJRJ. 4ª Câmara Criminal. Des. Gizelda Leitão Teixeira. **Apelação 0045273-1 2.2015.8.19.0021**. Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013619>> Acesso em: 02/09/2016/. Grifo nosso

¹²⁹BRASIL. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Katia Jangutta. **Apelação 0024960-27.2014.8.19.0001**. Publicação: 16/11/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505005344>> Acesso em: 04/09/2016/. Grifo nosso

¹³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** - Vol. 1. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 341.

Ademais, a análise da prova quando restrita ao depoimento policial nos crimes de tráfico de droga deve atentar-se ao critério prudente da convicção do julgador. Nesse sentido, destacamos Nucci:

Preceitua o art. 202 do CPP que “toda pessoa poderá ser testemunha”, logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar, sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho. Ressaltamos, entretanto, que **é preciso cautela, em determinadas peculiares situações, para a aceitação incondicional desses depoimentos.** Parece-nos cauteloso que **o magistrado, visualizando, em processos de apuração de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, um rol de testemunhas de acusação formado somente por policiais, indague dos mesmos a razão pela qual não se obteve nenhuma outra pessoa, como testemunha, estranha aos quadros da polícia.** Essa verificação é essencial, pois uma apreensão de drogas feita à vista de inúmeras pessoas, em local público, por exemplo, pode perfeitamente contar com o testemunho de pessoas que não sejam policiais. Por outro lado, uma apreensão ocorrida em lugar ermo, durante a madrugada, realmente, pode apresentar apenas o depoimento de agentes policiais. Tudo depende, pois, do caso concreto. Porém, voltamos a insistir que qualquer policial pode servir como testemunha. **A valorização do seu depoimento, entretanto, se confiável ou não, fica, como de praxe, ao critério prudente do julgador.**(grifo nosso)¹³¹

Por outro lado, incumbe demonstrar decisões proferidas também pelo TJRJ, nas quais entenderam os desembargadores que a avaliação da prova não permite a condenação, tendo em vista incongruências encontradas **nas próprias declarações** dos agentes. Nota-se:

(...)Assim, **descabe invocar proteção da Sumula nº 70 do TJRJ, já que a contradição está nos próprios relatos policiais.** Por tais razões, **deve ser aplicada a hipótese o princípio *in dubio pro reo***, que fundamenta a absolvição do acusado da imputação da exordial.”¹³²

(...)devemos afastar a credibilidade dos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão e investigação dos delitos narrados na exordial, pois, muito embora a súmula 70 deste E. Tribunal disponha sobre a plena credibilidade dos depoimentos de agentes da polícia, entendo que **diante das peculiaridades do caso concreto e de evidências concretas acerca da ilegalidade na**

¹³¹NUCCI, Loc Cit.

¹³²BRASIL. TJRJ. 4ª Câmara Criminal. Des. Gizelda Leitao Teixeira. **Apelação 0045273-12.2015.8.19.0021.** Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013619>> Acesso em: 04/09/2016/. Grifo nosso

atuação policial, não é possível a condenação quando esta possui como sustento basilar os referidos depoimentos dos agentes de polícia.”¹³³

Importante destacar que, em regra, os depoimentos dos Policiais Militares, **são merecedores de plena credibilidade**, consoante os termos do enunciado da Súmula nº 70, editada por este Egrégio Tribunal de Justiça Estadual, porém, **in casu, a versão apresentada por eles no que toca a finalidade da droga, não é capaz de manter o decreto condenatório.**¹³⁴

Inobstante o verbete nº 70 da súmula deste Egrégio Tribunal de Justiça já ter firmado o entendimento quanto à possibilidade do juízo de reprovação ser calcado nos depoimentos de autoridades públicas, desde que firmes e harmônicos com os demais elementos do processo, **constata-se, pelas provas produzidas durante a instrução criminal que este não é o caso trazido aos autos.**¹³⁵

Pois bem, não se desconhece a credibilidade que deve merecer os depoimentos dos agentes policiais na condição de testemunhas, tanto que a matéria está consolidada no verbete nº 70 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal, todavia, **na situação dos autos, há evidente contradição entre as declarações.**¹³⁶

Embora se reconheça a validade das palavras dos policiais militares, esses depoimentos não se revestem de presunção absoluta de veracidade. Cabe ao julgador analisá-las diante do contexto probatório geral. Absolvição com lastro no art. 386, VII do CPP. 1-A prova carreada aos autos não é cristalina e reserva aos autos incertezas sobre a prática do crime descrito na denúncia, qual seja, tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). 2-**Embora o relato dos policiais, por incidência da Súmula nº 70 TJRJ, possa constituir prova válida para imposição de uma condenação, contudo, não há espaço para lançar mão do verbete quando possível ao Estado produzir outras prova e se queda inerte.**¹³⁷

¹³³BRASIL. TJRJ. 5ª Câmara Criminal Des. Cairo Ítalo França David.. **Apelação 0068058-96.2013.8.19.0001.** Publicação: 21/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505011109>> Acesso em: 04/09/2016/. Grifo nosso

¹³⁴BRASIL. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Sidney Rosa. **Apelação nº 0034612-81.2013.8.19.0202.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505016284>> Acesso em 20/10/2016. Grifo nosso

¹³⁵BRASIL. TJRJ. 8ª Câmara. Des. Elizabete Alves de Aguiar. **Apelação 0002751-92.2015.8.19.0045.** Publicação em: 27 de abril de 2016. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351460951/apelacao-apl-27519220158190045-rio-de-janeiro-r-esende-1-vara-criminal/inteiro-teor-351460959>> Acesso em: 04/09/2015. Grifo nosso

¹³⁶BRASIL. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Joaquim Domingos De Almeida Neto. **Apelação nº 0192467-13.2014.2014.8.19.0001.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228531998/apelacao-apl-45764020138190078-rj-0004576-4020138190078>> Acesso em 20/10/2016. Grifo nosso

¹³⁷BRASIL. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Joaquim Domingos De Almeida Neto. **Apelação nº 0004576-40.2013.8.19.0078.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228531998/apelacao-apl-45764020138190078-rj-0004576-4020138190078>> Acesso em 20/10/2016. Grifo nosso

Pode-se afirmar, portanto, que como forma de desconstituir a credibilidade da palavra do policial analisa-se a congruência das suas declarações. Desse modo, caso declarem, de forma uníssona, a culpa pela prática do tráfico, estaria sacramentada a condenação caso o réu não prove cabalmente a inocência, pois a presunção de veracidade gera, em tese, prova suficiente para a condenação.

Fato curioso que se observa é que nas decisões colacionadas acima não se deixa de atribuir a veracidade da palavra dos policiais (firmada pela súmula 70), mas por estar provada a falibilidade do testemunho pela incongruência patente é que se deixa de condenar.

Dessa forma, a questão conflitante recai sobre a distribuição da prova no processo penal.

Sobre o tema, tem-se duas principais correntes na doutrina, a primeira com espreque no princípio da *presunção de inocência* e do *favor rei*¹³⁸ entende que a prova incumbe toda à acusação.^{139_140}

A segunda posição é no sentido de que à acusação incumbe provar os fatos, enquanto à defesa cabe provar as excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como as circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Nesse sentido, Fernando Capez.¹⁴¹

¹³⁸A dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer (...) Nesse contexto, o inciso VII do art. 386, CPP prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador, típica positivação do favor rei (também denominado *favor innocentiae* e *favor libertatis*). (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 69)

¹³⁹É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Op. Cit. p. 405)

¹⁴⁰JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.211-214 *apud* TÁVORA, Loc. Cit.

¹⁴¹A prova da alegação (*onus probandi*) incumbe a quem a fizer (CPP, art.156,12 parte). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado provar as excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como as circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso o réu pretenda a absolvição com fulcro no art. 386, I, do Código de Processo Penal, incumbe-lhe ainda provar a "inexistência do fato" (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.273).

Desse modo, tratando-se da prova do crime de tráfico de drogas, seja quanto a autoria ou sobre a materialidade, mas sem abordar questões tais como antiruridicidade, culpabilidade e punibilidade, enfim, prova sobre fatos, é pacífica a doutrina no sentido de que incumbe ao Ministério Público provar o que afirma na denúncia.

Logo, resta evidenciado, ao menos no viés da distribuição da prova, notória incongruência entre doutrina e a jurisprudência estadual, uma vez que, se a prova cabal dos FATOS incumbe à acusação, como exigir do réu (frente aos depoimentos policiais e à súmula 70) a prova da improcedência da narrativa feita pela acusação? ou seja, de sua inocência.

Se divergem doutrina e jurisprudência neste ponto, por outro lado, fundamentos diversos buscam legitimar a presunção de credibilidade do depoimento do testemunho policial, o que abordamos no tópico seguinte.

3.2.1 A (IN)ADEQUADA INTRODUÇÃO DO CONCEITO DE FÉ PÚBLICA AO PROCESSO PENAL

O principal motivo pelo qual por vezes se atribui aprioristicamente credibilidade à palavra do policial, seja civil ou militar, ao avaliar a prova oral por este produzida é a noção de que por se tratar de agente público, o teor de suas afirmações goza de presunção de legitimidade e veracidade¹⁴², o que é denominado pela doutrina como fé pública, conceito este que se encontra entre as características dos atos administrativos.

Para esclarecimento da característica dada aos atos da administração, valemos das lições de Maria Sylvia Di Pietro:

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

¹⁴²Como se observa nos julgados anteriormente expostos.

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

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

Hely Lopes Meirelles sustenta que a presunção de legitimidade e veracidade decorre do princípio da legalidade da administração, com espeque nos artigos 37¹⁴³ e 19, inciso II¹⁴⁴ da CRFB/88.¹⁴⁵

Como consequência, sustenta o autor que a presunção de legitimidade acarreta a inversão do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem o invoca.¹⁴⁶

Maria Sylvia Di Pietro, por seu turno, aduz que é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se arguida pela parte.¹⁴⁷

Segundo a autora, a inversão do ônus da prova não ocorre de forma absoluta, uma vez que a parte que propôs a ação, deve em princípio provar os fatos que se fundamentam a sua pretensão. Porém, isso não libera a Administração de provar a verdade. Tanto que a lei prevê, em diferentes circunstâncias, a possibilidade de que

¹⁴³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

¹⁴⁴Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - recusar fé aos documentos públicos. **Art. 37 da Constituição Federal**

¹⁴⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 159

¹⁴⁶Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, pro vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 159)

¹⁴⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208

o juiz ou o promotor requisite à administração que providencie documentos necessários para comprovar alegações feitas no processo.¹⁴⁸

Todavia, essas abordagens sobre a fé pública e o ônus da prova referem-se a matérias ligadas ao direito administrativo, que pouca ou nenhuma valia apresenta ao direito processual penal.

Desta feita, sobre a introdução da fé pública ao direito processual penal, embora trate-se de tema bastante específico, com pouca manifestação doutrinária, temos duas posições: a da possibilidade do uso do atributo da presunção de legitimidade/veracidade na avaliação da prova e a que sustenta que trata-se de instituto aplicável apenas ao direito administrativo.

Dentre os defensores da primeira posição, encontra-se Fernando Capez, que busca no direito administrativo justificativa para tomar como presumidamente legítimo o depoimento dos policiais: “(...)os policiais, por serem agentes públicos, também gozam da presunção de legitimidade, atributo dos atos praticados pela Administração Pública”¹⁴⁹

De outra banda, Rubens Casara sustenta a incompatibilidade do instituto com a processualística penal. *Verbis*:

Presumir a veracidade do depoimento de policiais é uma idealização incompatível com as opções constitucionais para o processo penal brasileiro. Em primeiro lugar, porque gera um desequilíbrio na relação processual (o Estado-Administração, titular do poder de punir, passa contar com elementos probatórios ‘confiáveis’ construídos por seus agentes). Segundo: por inverter o ônus probatório em oposição à normatividade constitucional; por contrariar o princípio da presunção de inocência.¹⁵⁰ (Grifo nosso)

Na segunda posição nota-se enaltecimento do princípio constitucional da presunção de inocência, bem como ao ônus da prova da acusação no processo penal, ao passo que na primeira atenta-se estritamente à legalidade consubstanciada no ato administrativo, sem uma analítica observância de aplicação específica ao processo penal.

¹⁴⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208

¹⁴⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 2ª edição. [S.l]: Editora Saraiva, 1998. p. 271

¹⁵⁰CASARA, Rubens R. R. **Presunção de Veracidade dos Depoimentos dos Agentes Públicos: Testemunhas “Acreditadas”, da Tradição Islâmica ao Autoritarismo Brasileiro**, in **Processo Penal do Espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 151.

3.2.2 A LEGITIMAÇÃO DO ATO DO AGENTE PÚBLICO E O (DES)INTERESSE NA CONDENAÇÃO

Ponto relevante acerca da presunção da legitimidade do ato do agente público diz respeito ao seu interesse na condenação, no caso de ter atuado em qualquer das fases do processo ou da investigação.

Segundo os defensores da presunção de veracidade do testemunho policial, por se tratar de agente público do qual se presume a defesa do interesse público, não se pode esperar deste que busque a condenação de um inocente, porquanto é interesse do Estado zelar pela absolvição daquele cuja culpa não resta comprovada.

Esse é o principal argumento que se observa nas decisões transcritas no capítulo 3.2.

Entretanto, o fundamento encontra severas críticas de outra parte da doutrina, segundo a qual o policial, ao atuar no caso, tem inegável interesse em legitimar os atos praticados, o que prejudica a credibilidade do testemunho prestado: “Se os policiais não podem ser considerados suspeitos, pelo simples fato de serem policiais, por outro lado, é inegável o seu interesse na demonstração da legalidade de sua atuação”.¹⁵¹

No mesmo sentido, Camargo Aranha¹⁵² afirma que o policial tem total interesse em demonstrar a legitimidade da investigação, pois ao testemunhar está dando conta do trabalho realizado.

Em sentido oposto, Silva Santos e Costa Neto defendem que:

Afigura-se válido dizer que a afirmada tendência natural do policial em pretender legitimar sua atuação funcional não encontra comprovação na praxe forense, sendo inferência que, embora de certa forma razoável, conjectura não deixa de ser¹⁵³

Por fim, Aury Lopes Jr¹⁵⁴ leciona no sentido de que o juiz deve ter muita cautela na valoração da prova oral obtida por meio de policiais, na medida em que estão

¹⁵¹BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal** – Tomo I. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.368

¹⁵²CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da Prova no Processo Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 151.

¹⁵³SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Considerações Críticas Acerca do Valor do Depoimento de Agente Policial no Processo Penal**. [S.l.]: RT-901, p. 474.

¹⁵⁴LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 680

naturalmente contaminados pela atuação e repressão ao fato criminoso— tráfico neste caso-.

Assim, além de interesse em justificar a legalidade do ato e ocultar ou convalidar eventual abuso praticado, tem o fator psicológico que pode influenciar na credibilidade a ser atribuída ao agente público¹⁵⁵, o que representa, à luz do sistema da persuasão racional, fator relevante para a valoração da prova oral.

3.3 A (RE)PRODUÇÃO DA PROVA EM JUÍZO

Além de eventual interesse do policial na condenação, merece destaque o interesse da acusação em ver seus depoimentos presentes no autos.

Registre-se que, ao menos formalmente, representa grande diferença o fato de a prova oral obtida pelo testemunho policial constar apenas na fase de investigação ou também em juízo.

Tal entendimento extrai-se da leitura do art. 155 do CPP, segundo o qual, não é possível que o juiz fundamente a condenação pautando-se apenas no elemento cognitivo produzido na fase de investigação.

Questão tormentosa ocorre quando tem-se exclusivamente a prova do testemunho policial e este, em juízo, nada mais faz do que repetir aquilo que foi dito em sede policial, ou seja, possui-se elementos substancialmente idênticos na fase investigativa e judicial. O agente confirma que tudo o que foi dito anteriormente é verdadeiro, normalmente apontando como sua a assinatura exarada nos autos do inquérito, reafirmando como verídicos os apontamentos feitos, conforme as perguntas que lhe são dirigidas.

Seria válida a condenação baseada em tal prova “judicial” produzida?

Aury Lopes Jr sustenta que não, pois esta seria apenas uma forma de burlar o imperativo do art. 155 do CPP, vale transcrever suas lições:

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

¹⁵⁵LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 680

são utilizados os elementos do inquérito e o depoimento dos policiais em juízo. Isso é aceitável? Claro que não.

No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP. Portanto, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem em audiência¹⁵⁶

A colocação do autor reflete o estudo feito anteriormente sobre o art. 155 do CPP, pois evidente que a *mens legis* buscou vedar que o juiz utilize como elemento cognitivo a “prova” (elemento de informação) obtido sem a observância ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, trasladar o depoimento do inquérito ou do flagrante para o seio do processo apenas para formalmente denomina-la “judicializada” e fazer sua utilização como único elemento para a condenação, embora não apresente em primeira análise violação ao texto legal, pode representar afronta à norma neste contida.

Assevera-se ainda, que a despeito de, por vezes, a prova “encontrar eco” em outros elementos presentes nos autos, faz-se necessário avaliar sobre o elemento específico sobre o qual trata tal ou qual prova.

Em outras palavras, supondo v.g, que a materialidade encontra-se provada pelo Laudo de Exame de Material Entorpecente, sob a perspectiva aqui traçada, se a prova da autoria restringe-se aos depoimentos policiais, extra e endoprocessuais, embora a prova do crime encontre respaldo em outros elementos, a autoria restou comprometida, porquanto pautada exclusivamente nos elementos cognitivos colhidos na fase pré-processual, o que obsta a decisão condenatória.

3.4 O TESTEMUNHO BASEADO EM DENÚNCIA ANÔNIMA E A TESTEMUNHA DE “OUVIR DIZER”

Outra questão espinhosa com a qual se depara com frequência nos processos de julgamento de crimes de tráfico de drogas é que em grande parte dos depoimentos policiais, os agentes fornecem informações da ocorrência do delito a partir do

¹⁵⁶LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 680

recebimento de denúncias anônimas ou de informes diversos (que ouviram dizer, ou que há notícia do fato)

Os agentes supostamente recebem informes anônimos, fazem o registro nos livros de apontamento da corporação e passam a taxar aqueles denunciados como suspeitos.

Quando há ocorrências com envolvimento daquelas pessoas descritas nos informes ou mesmo nas denúncias informais, essas informações são trazidas aos autos pela palavra do policial, seja militar ou civil, onde muitas vezes são valoradas atribuindo-se a credibilidade a qual apontamos em tópicos anteriores, ou seja, com presunção de veracidade, uma vez que, embora a fonte cognitiva seja anônima, foi trazida aos autos por meio da palavra de agentes públicos.

Vejamos decisões que refletem o entendimento apontado:

Inaplicável o benefício da diminuição da pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que o legislador o criou objetivando abrandar a situação do agente que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. **No entanto, no caso em tela, os policiais afirmaram que tinham inúmeros informes de que o acusado seria traficante na localidade.**¹⁵⁷

Além disso, não obstante os policiais militares não tenham se referido a tal fato em juízo, o que se mostra absolutamente compreensível em razão do tempo decorrido desde o dia da prisão dos réus até a data da audiência (um ano após), em sede policial **afirmaram que receberam denúncia anônima indicando que a acusada Luciana seria gerente do tráfico de drogas da Chatuba e seu companheiro seria traficante da localidade:** "QUE, primeiramente, nenhum dos elementos assumiu a propriedade do material, sendo todos conduzidos até a sede da 53ª Delegacia Policial - Mesquita, para apreciação do fato pela Autoridade Policial que a este preside; QUE, já nesta Delegacia Policial, após LUCIANA falar "em código" com os demais elementos, todos começaram a falar para que MARCOS VINÍCIUS assumisse a propriedade da maconha e do carregador, dizendo: "Fala logo que é teu, fala - logo a verdade"; QUE MARCOS VINÍCIUS¹⁵⁸

Inaplicável o benefício da diminuição da pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, tendo em vista que o legislador o criou

¹⁵⁷BRASIL. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. Proc. **Processo No 0012878-69.2014.8.19.0063**. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.063.012960-5>> Acesso em: 05/11/2016

¹⁵⁸BRASIL. TJRJ. 1ª Câmara Criminal. Des. Luiz Zveiter. **Apelação nº 0235934-96.2012.8.19.0038**. Publicação: 02/12/2014. Disponível em: < <http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156554077/apelacao-apl-2359349620128190038-rj-0235934-9620128190038>> Acesso em 05/11/2016

objetivando abrandar a situação do agente que, sendo primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. **No entanto, no caso em tela, os policiais militares afirmaram que tinham informes de que o acusado seria traficante na localidade há muitos anos.** O PM Anderson relatou que o réu é conhecido por Maquinho e seria traficante na rua da feira há pelo menos 3/4 anos. Com efeito, a intenção do legislador foi beneficiar àquele que tenha se aventurado no crime. Entretanto, **os depoimentos policiais trazem a certeza de que o não se trata da hipótese em que o réu foi surpreendido quando começou a se aventurar no mundo do crime**¹⁵⁹

No entanto, no caso em tela, **os policiais militares afirmaram que tinham informes de que o acusado seria traficante na localidade, tendo assumido o tráfico no lugar do irmão em razão da sua prisão.** Com efeito, a intenção do legislador foi beneficiar àquele que tenha se aventurado no crime. Entretanto, os **depoimentos policiais trazem a certeza** de que o não se trata da hipótese em que o réu foi surpreendido quando começou a se aventurar no mundo do crime¹⁶⁰

No entanto, no caso em tela, **os policiais militares afirmaram que tinham informes de que o acusado seria traficante na localidade.** Com efeito, a intenção do legislador foi beneficiar àquele que tenha se aventurado no crime. Entretanto, **os depoimentos policiais trazem a certeza não se trata da hipótese em que o réu foi surpreendido quando começou a se aventurar no mundo do crime.**¹⁶¹

A materialidade e a autoria delitivas de ambos os delitos foram absolutamente comprovadas na hipótese dos autos, notadamente pelos depoimentos prestados em Juízo, aos quais corroboram as demais provas do processo e auto de prisão em flagrante, termos de declaração, auto de apreensão e laudos de exame de material entorpecente, que não deixam a menor dúvida acerca da procedência da acusação. Com o fim da instrução criminal, **restou incontroverso que no dia do fato policiais encontravam-se em patrulhamento, quando receberam informe anônimo no sentido da presença de traficantes e entorpecentes** em imóvel localizado no Beco da Titica, na Favela da Linha, em Macaé, RJ. Chegando ao local, visualizaram os 2 apelantes, juntamente com 2 menores, todos dormindo no mesmo cômodo da casa, e, após revista na residência,

¹⁵⁹BRASIL. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. Proc. **Processo No 0004581-05.2016.8.19.0063.** Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.063.004550-5>> Acesso em: 05/11/2016

¹⁶⁰BRASIL. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. Proc. **Processo No 0007215-08.2015.8.19.0063.** Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.063.007211-7>> Acesso em: 05/11/2016

¹⁶¹BRASIL. Comarca de Três Rios. 1ª Vara. Proc. **Processo No 0004529-43.2015.8.19.0063.** Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2015.063.004495-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>> Acesso em: 05/11/2016

lograram encontrar 2,1 g de 'crack', 14,2 g de maconha e 4,9 g de cloridrato de cocaína¹⁶²

Vislumbra-se das decisões transcritas um outro viés da valoração da prova decorrente de declarações feitas por policiais. Na ocasião, a fonte da informação prestada não é exatamente o testemunho policial por seus próprios conhecimentos sobre o fato, mas a informação que obtém por denúncias anônimas e informes fornecidos por populares.

Notadamente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos tribunais superiores demonstram receio quanto ao uso de denúncias anônimas no processo penal.

Tem-se entendimento cristalizado no sentido de que delações anônimas não podem sequer servir de sustentáculo para a determinação de medidas que restrinjam direitos e garantias fundamentais do suspeito.

Para efeitos investigativos, é admissível apenas que a autoridade policial determine diligências informais para averiguar a veracidade da ocorrência descrita em anonimato, sem que contudo sejam violados direitos. Nesse sentido, destacamos Rodrigo Iannaco

A denúncia anônima não pode fundamentar, direta e imediatamente, qualquer ato formal de persecução penal, seja no inquérito, seja no processo. Ao receber a delação, a autoridade deve verificar se a notícia de crime veiculada apresenta, no contexto fático, qualquer indício de verossimilhança. Não se exige uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeita de autoria. Embora a regra seja de publicidade dos atos processuais, aí incluindo o inquérito policial, é da essência da investigação ser ela sigilosa. A autoridade poderá se valer, portanto, para verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, de qualquer modalidade lícita de investigação, ressalvada as hipóteses constitucionais de 'inviolabilidades'. **Ou seja, a autoridade policial, apoiada estritamente na denúncia anônima, não poderá pleitear a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas etc.,** mas poderá efetuar levantamento de campo, infiltrar agentes, realizar campanhas e buscas pessoais, entrevistar pessoas, de modo a reunir, ainda que em simples comunicação de serviço firmada por agentes de polícia, elementos de convicção capazes de fundamentar o início do

¹⁶²BRASIL. TJRJ. OITAVA CAMARA CRIMINAL. Relator: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR. **Apelação 0003876-83.2014.8.19.0028.** Disponível em: < <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205915830/apelacao-apl-387683> 20148190028-rj-0003876-8320148190028> Acesso em 07/11/2016

procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes. Dessa maneira, a denúncia anônima será descartada do ponto de vista processual. A verificação da procedência das informações substituirá, para os fins da persecução criminal, integralmente a delação anônima, desvinculando totalmente o procedimento e as provas nele produzidas da *notitia criminis* original. Em suma, a mediação entre a denúncia anônima e as provas produzidas a partir da investigação formal é feita pela verificação da procedência das informações.¹⁶³

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, sob relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, declarou em processo de apuração de crime de tráfico de drogas a nulidade da prova obtida por meio de escuta telefônica estribada em denúncias anônimas contra casas noturnas cariocas. *Verbis*:

PROCESSO PENAL. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. FUNDAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. ILICITUDE. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES. LIBERDADE DETERMINADA. 1. **Denúncia anônima não é fonte probatória mas mera informação, passível de gerar movimentação investigatória preliminar, mas jamais fundamento para restrição a direitos individuais.** 2. Configurada a absoluta generalidade da informação de inteligência de que casas noturnas cariocas seriam locais de venda de drogas, a escuta telefônica determinada sobre números especificados, com localização inclusive de agentes diferentes, na venda de drogas diversas das procuradas, claramente configura ter ocorrido a prova sem minimamente suficiente suporte probatório prévio. 3. **Nulidade da prova reconhecida**, assim como das provas decorrentes, a serem avaliadas pelo juízo de primeiro grau, com a soltura do paciente imediatamente determinada.
(BRASIL. STJ - RHC: 53134 RJ 2014/0281249-5, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 17/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2015. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192179335/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-5313b-4-rj-2014-0281249-5>> Acesso em: 09/11/2016 – grifos nossos)

O Supremo Tribunal Federal, na mesma esteira de entendimento, defende que salvo raras exceções (quando integram o crime), peças apócrifas não podem constituir formalmente o processo, o que justifica não poderem, por consequência, as denúncias anônimas ensejar a instauração da *persecutio criminis*. Vejamos:

(...) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da persecutio criminis, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais

¹⁶³ENNACO, Rodrigo. **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 14, n. 62. Editora Revista dos Tribunais, set-out 2006. p. 249 – grifo nosso

documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o crimen falsi, p. ex.). Nada impede, contudo, que o Poder Público (...) provocado por delação anônima — tal como ressaltado por Nélson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto — adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da persecutio criminis, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas (Inq. 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, j. 11.05.2005). No mesmo sentido: HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.03.2010, Primeira Turma, DJE de 30.04.2010; HC 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007, Primeira Turma, DJ de 23.11.2007 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 107.362**. Segunda Turma. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. 10/02/2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178733288/habeas-corporus-hc-107362-pr-par-ana-9929399-2120111000000/inteiro-teor-178733297>> Acesso em: 09/11/2016 - grifamos)

Quanto ao “testemunho de ouvir dizer”, e aqui fazemos alusão às afirmativas dos policiais de que tinham notícias – geralmente fornecidas por populares – de que “Fulano” seria traficante de drogas na localidade, igualmente, encontramos tanto na doutrina quanto na jurisprudência, grande resistência quanto à atribuição de credibilidade.

Destacamos Heleno Fragoso:

A precariedade do testemunho por ouvir dizer é manifesta, particularmente pelas distorções que a narração sucessiva do fato vai sofrendo. A moderna teoria da comunicação demonstrou, a respeito, o que sempre foi de sabedoria popular (“quem conta um conto, acrescenta um ponto”). Por outro lado, estão excluídas, em relação a tal tipo de prova, todas as garantias legais de veracidade do depoimento, como ausência de compromisso legal, a exclusão do contraditório e do sistema legal de impugnação¹⁶⁴

¹⁶⁴FRAGOSO, Heleno. **Prova: Testemunho de ouvir dizer**. Disponível no verbete 453 da obra “Jurisprudência Criminal” 4ª Ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982

Diante da incompetência para reexame fático-probatório, dos tribunais superiores¹⁶⁵, salvo quando originária, não foi possível extrair o entendimento sobre a referida prova. Todavia, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em várias oportunidades, manifesta-se no sentido da insuficiência de sua força probatória.

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, § 2º, INCISO II, DO CP. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO. PRETENSÃO DE DESPRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE AUTORIZASSEM A PROLAÇÃO DA SENTENÇA OBJURGADA. MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA. **INDÍCIOS INSUFICIENTES DE AUTORIA. AUSÊNCIA DE ALGUM ELEMENTO DE CONVICÇÃO QUE APONTE PARA O PRONUNCIADO COMO MANDANTE DO CRIME. TESTEMUNHAS QUE „OUVIRAM DIZER„ E QUE NOTICIARAM UM „DISSE ME DISSE„, OU BOATOS IMPLICANDO O PRONUNCIADO. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA LEVÁ-LO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO.** (TJ-RJ. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RSE 04231903620118190001 RJ 0423190-36.2011.8.19.0001 (TJ-RJ). Quinta Câmara Criminal. DES. LUCIANO SILVA BARRETO. Data de publicação: 30/09/2015. Disponível em: < <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239218447/recurso-em-sentido-estrito-rse-4231903620118190001-rj-0423190-362011819001>> Acesso em: 09/11/2016 - grifamos)

No mesmo sentido TJ-RJ Apelação 0008763-53.2013.8.19.0026¹⁶⁶; TJ-RJ RESE 00398402120148190002¹⁶⁷; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

¹⁶⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7.** A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 10/11/2016
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300> Acesso em: 10/11/2016

¹⁶⁶BRASIL. TJRJ. **Apelação 00087635320138190026** RJ 0008763-53.2013.8.19.0026. 1ª Câmara Criminal. DES. MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO. Publicação: 28/08/2014. Disponível em: < <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139243246/apelacao-apl-0008763-5320138190026>> Acesso em 08/11/2016

¹⁶⁷BRASIL. TJRJ. **RESE. 00398402120148190002.** 1ª Câmara Criminal. Relator(a): MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO. Disponível em: < <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/365359192/recurso-em-sentido-estrito-rse-398402120148190002-rio-de-janeiro-niteroi-3-vara-criminal>> Acesso em: 08/11/2016

Sul¹⁶⁸, Paraná¹⁶⁹, Pernambuco¹⁷⁰, Ceará¹⁷¹, Rio Grande do Norte¹⁷², Minas Gerais¹⁷³, São Paulo¹⁷⁴ e Distrito Federal¹⁷⁵.

Destarte, este viés de valoração da prova oral põe em xeque não apenas a questão da individualizada análise de credibilidade do testemunho sob a perspectiva do sistema probatório adotado pela processualística penal pátria, mas ainda o entendimento consolidado sobre o valor cognitivo que, regra geral, possuem as denúncias anônimas e os testemunhos de “ouvir dizer”.

3.5 A APLICAÇÃO DA SÚMULA 70, A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O NOVO CPC

Tema afeto às decisões judiciais relacionadas às provas no processo penal é a fundamentação, que em vias práticas é considerada a parte mais importante¹⁷⁶ da

¹⁶⁸BRASIL. TJ-RS. Recurso em Sentido Estrito **RSE 70065756827** RS (TJ-RS). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 29/01/2016. Disponível em: < <http://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373776743/apelacao-criminal-apr-32099120168270000/inteiro-teor-373776770>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁶⁹BRASIL. TJ-PR. **Apelação APL 12556346** PR 1255634-6 (Acórdão) (TJ-PR). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 08/04/2015. Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179665123/apelacao-apl-12556346-pr-1255634-6-acordao>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷⁰BRASIL. TJ-PE. **Recurso em Sentido Estrito RESENSES 564953820088170001** PE 0021943-79.2010.8.17.0000 (TJ-PE). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 12/07/2011. Disponível em: < <http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307562553/recurso-em-sentido-estrito-rse-11461520158060000-ce-0001146-1520158060000/inteiro-teor-307562568>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷¹BRASIL. TJ-CE. Recurso em Sentido Estrito **RSE 00011461520158060000** CE 0001146-15.2015.8.06.0000 (TJ-CE). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 22/02/2016. Disponível em: < Recurso em Sentido Estrito RSE 00011461520158060000 CE 0001146-15.2015.8.06.0000 (TJ-CE)> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷²BRASIL. TJ-RN. **Apelação Criminal ACR 18486 RN 2007.001848-6** (TJ-RN). Câmara Criminal. Data de publicação: 16/05/2008. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3836707/apelacao-criminal-acr-18486>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷³BRASIL. TJ-MG. **Apelação Criminal APR 10051120024693001** MG (TJ-MG). 7ª Câmara Criminal. Data de publicação: 07/02/2014. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119310637/apelacao-criminal-apr-10051120024693001-mg>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷⁴BRASIL. TJ-SP. **Recurso em Sentido Estrito RSE 990092261185** SP (TJ-SP). 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de publicação: 26/05/2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14828029/recurso-em-sentido-estrito-rse-990092261185-sp>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷⁵BRASIL. TJ-DF. **Recurso Em Sentido Estrito RSE 46773519998070003** DF 0004677-35.1999.807.0003 (TJ-DF). 2ª Turma Criminal. Data de publicação: 31/08/2005. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7276332/recurso-em-sentido-estrito-rse-46773519998070003-df-0004677-3519998070003>> Acesso em: 11/11/2016

¹⁷⁶DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19. Ed revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de março de 2015 e atualizada com a lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 56

sentença, eis que é a forma como se exerce o controle político e social sobre a prestação jurisdicional.¹⁷⁷

A fundamentação, (ou motivação) das decisões judiciais, garante às partes, ao menos teoricamente que sua pretensão será apreciada, além de possibilitar a discordância, o que poderá ser formalizado pela via recursal.¹⁷⁸

A obrigatoriedade da fundamentação das decisões, consubstancia-se, pois, em preservação do interesse público¹⁷⁹ e encontra-se atrelada à garantia do devido processo legal¹⁸⁰⁻¹⁸¹, contraditório¹⁸² e via de consequência, à ampla defesa¹⁸³ e a segurança jurídica.¹⁸⁴

Aliás, a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais encontra-se diretamente atrelada ao sistema do livre convencimento motivado adotado pelo art. 155 do CPP, de modo que o fundamento utilizado deve vincular-se às provas obtidas em contraditório judicial, nunca de forma exclusiva nos elementos de informação colhidos no inquérito.¹⁸⁵

Dessa forma, temos consagrada na Constituição Federal de 1988, a garantia de que todas as decisões judiciais serão públicas e fundamentadas, o que foi positivado por meio da EC/45-2004¹⁸⁶, no inciso IX do art. 93 da CRFB/88. Dada a importância do dispositivo, vale transcrever:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

¹⁷⁷RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2011 p. 442

¹⁷⁸SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008. p. 157 *apud* DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19. Ed revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de março de 2015 e atualizada com a lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 57

¹⁷⁹DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19. Ed revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de março de 2015 e atualizada com a lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 57

¹⁸⁰Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. **Constituição Federal, art. 5º, inc. LIV**

¹⁸¹TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal**, 11. Ed. Ver., ampl. E atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2016, p. 81

¹⁸²DONIZETTI, Elpídio, Op. Cit. p. 625

¹⁸³Aos 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. **Constituição Federal, art. 5º, inc. LV**

¹⁸⁴TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Op. Cit. p 82

¹⁸⁵TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Loc. Cit.

¹⁸⁶EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Diante da previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que a fundamentação trata-se de pressuposto de validade das decisões.

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. **A fundamentação dos atos decisórios qualifica -se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial.** Precedentes.” (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, DJ de 23-11-2007.) No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 20-3-2009.¹⁸⁷

Ao contrário do entendimento de parte da doutrina¹⁸⁸, e em especial, tratando-se de decisão proferida no âmbito do processo penal, o STF, antes mesmo da entrada em vigor do texto trazido pela EC/45 se pronunciou no sentido de que todas as asserções trazidas pela defesa do réu devem ser apreciadas na decisão judicial.

Vejamos acórdão datado de 1997, sob relatoria do Ministro Celso de Mello:

"A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer juiz ou tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apoia a defesa técnica do acusado." (BRASIL. STF. HC 74.073, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 20-5-1997, Primeira Turma, DJ de 27-6-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 15/11/2016)

Outrossim, de forma correspondente à previsão constitucional, o art. 381 do CPP além de prever como elemento da sentença a indicação dos artigos de lei

¹⁸⁷Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. p. 1154

¹⁸⁸DONIZETTI, Elpídio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19. Ed revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de março de 2015 e atualizada com a lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 622/623

aplicados, exige a indicação dos motivos de fato e de direito que se fundamentar a decisão.¹⁸⁹

Com efeito reflexivo, não se pode olvidar a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil¹⁹⁰, cuja aplicação subsidiária ao processo penal ocorre por determinação do art. 3º¹⁹¹ do CPP.¹⁹²

Nesta esteira, imperioso ressaltar o comando inserto no art. 489 § 1º do CPC/2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

¹⁸⁹A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - **a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;**

IV - **a indicação dos artigos de lei aplicados;**

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz. **(Código de Processo Penal, art. 381 - grifamos)**

¹⁹⁰Lei 13.105/2015

¹⁹¹A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. **(Código de Processo Penal, art. 3º)**

¹⁹²Aprofunda-se o conteúdo da fundamentação. Então, novamente, se isto é válido para o processo civil, quem dirá para o penal, onde o risco é o cerceamento da liberdade ou a expropriação do patrimônio pelo Estado e, conseqüentemente, muito mais fundamentadas deveriam ser as decisões judiciais. Reportar-se exclusivamente ao artigo de lei; utilizar decisões padronizadas ou com argumentos válidos para qualquer caso; valer-se de conceitos indeterminados (ex.: ordem pública), sem explicar em que medida eles encontram cabimento no caso em análise; deixar de enfrentar as alegações trazidas pelas partes quando estes puderem mudar a decisão; ou invocar jurisprudência que não tenha similitude ao caso, são expedientes que passam a ser vedados ao juiz penal, ante as mudanças do CPC. MAIS, Carlo Velho; in: **Influências do Novo CPC no processo penal**, disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/influencias-do-novo-cpc-no-processo-penal>> Acesso em: 12/11/2016 15:02h.

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (grifamos)¹⁹³

Com a interpretação que se fazia do texto constitucional (art. 93, IX) combinado com a estruturação da sentença (art. 381, CPP) e a apreciação da prova (art. 155, CPP) estas já eram exigências da obrigatoriedade das decisões. Entretanto, o novel processual (CPC/2015) veio a explicitá-las, considerando como **não fundamentada** a decisão que configure uma das hipóteses enumeradas.¹⁹⁴

No inciso III do dispositivo, encontramos previsão que pode esbarrar na aplicação da súmula em questão, eis que, dispõe o legislador ser defeso o uso de fundamento apto a justificar qualquer outra decisão.

Aplicando a norma ao tema em estudo, vislumbra-se vedação à simples menção à súmula como justificativa da credibilidade da palavra do agente, sem contudo perquirir os elementos descritos no art. 203 do CPP. Justificativa esta que certamente poderia ser utilizada para fundamentar qualquer outra condenação, sem a devida individualização, isto é, a análise particularizada do caso *sub judice*.

Assim, o magistrado não pode utilizar-se de uma sentença que invoque a súmula como forma padrão de demonstrar seu convencimento da procedência do pleito acusatório por meio da palavra do policial.

Evita-se assim a denominada decisão “padrão”, como por exemplo, ao deferir uma liminar onde simples e lacunosamente o julgador se presta apenas a dizer em sua decisão “estão presentes os pressupostos legais”, como se faz o padrão em qualquer outra decisão judicial.¹⁹⁵

No mais, o inciso IV acaba também por exercer influência na aplicação da referida súmula, pois tendo a defesa levantado questões sobre contradições nas palavras dos agentes, ou mesmo sobre a credibilidade a se lhes atribuir, conforme a dinâmica do caso, não é permitido ao julgador superar tais argumentos apenas expondo a súmula, ou sob a justificativa que as palavras do agente público goza de

¹⁹³Código de processo civil, art. 489

¹⁹⁴TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 11. Ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Ed Juspodvm, 2016. p. 1102-1103

¹⁹⁵GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado, atualizado pela lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 365

presunção de veracidade. Se os argumentos são capazes de infirmar a conclusão tomada, devem ser julgados analiticamente.

O inciso IV mostra a necessidade de o magistrado enfrentar todos os argumentos arguidos pelas partes no processo capazes de infirmar a sua conclusão frente a demanda enfrentada. Decorre daí, inegavelmente o prestígio quanto à realização do contraditório como direito de influência (art. 5º, LV, da CF/88; 9º e 10 do CPC). Tem as partes da controvérsia o direito de conhecer da razão adotada pelo órgão julgador quando de qualquer decisão judicial e para isso, inegável o enfrentamento dos argumentos deduzidos por elas.¹⁹⁶

De forma ainda mais incisiva no caso em estudo, dispõe o legislador sobre a invalidade da decisão que “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.¹⁹⁷

Como consequência, deve o magistrado demonstrar semelhança com o caso a que se debruça e o conteúdo do precedente ou da súmula a ser aplicada e ainda sua concordância com o julgamento.¹⁹⁸

Igualmente, para a aplicação da súmula 70, deve o juiz apontar que no caso daquele julgamento específico é adequado incidir a aplicação da súmula, pois, analisando os testemunhos dos policiais, é possível conferir-lhes credibilidade, podendo a condenação, apenas nisso alicerçar-se, com respaldo da jurisprudência do tribunal consolidada no verbete em comento.

Nesta senda, é seguro afirmar a ilegitimidade da decisão que deixe de declinar os motivos da procedência da condenação, invocando tão só o imperativo de súmulas, sem apontar a adequada incidência no caso examinado, assim como é nula se não enfrenta os argumentos trazidos pelas partes.

Por conseguinte, necessário que no processo penal o juiz atente-se às regras da avaliação da prova para que se utilizando da adequada fundamentação, profira o decreto condenatório, caso existam provas válidas e suficientes para que fique convencido da veracidade dos fatos alegados pela acusação, senão, sobrevindo dúvida, não há outra solução, a não ser a absolvição.

¹⁹⁶GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado, atualizado pela lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 365

¹⁹⁷Art. 489, § 1º, inc. V do **Código de Processo Civil**

¹⁹⁸GAIO JÚNIO, Op. Cit. p. 366

CONCLUSÃO

Finda a abordagem do tema, é possível apontar relevante descompasso entre o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria probatória relacionada aos crimes de tráfico de drogas quando se faz a aplicação da súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em um primeiro momento, destaca-se que o delito de tráfico requer uma análise objetiva e subjetiva da conduta perpetrada pelo agente para que se possa afirmar se há ou não o dolo específico do tipo penal. Isto é, não se admite presunções da conduta criminosa. Incumbe ao magistrado o individualizado exame das provas, submetendo-as ao sistema da Persuasão Racional para que possa concluir, fundamentadamente se há ou não conduta típica e sobremaneira, fazer a delicada distinção do crime de porte de drogas para consumo.

Além da adequada aplicação do direito material, o estudo dos sistemas avaliação probatória permite concluir que o julgador encontra-se obrigado a valorar a prova de acordo com os parâmetros impostos pela legislação processual, não podendo furtar-se desse mister sob o argumento de que o verbete sumular (súmula 70) estabelece uma autorização para condenar, tampouco que a orientação jurisprudencial determina uma presunção de veracidade dos dizeres do agente público. Trata-se de uma equivocada interpretação, tanto em relação à súmula 70 quanto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, é crucial que no caso dos depoimentos policiais a prova testemunhal seja observada à luz do art. 203 do CPP, nos parâmetros de credibilidade trazidos pela doutrina como memoriabilidade, fidelidade e sinceridade do depoente, levando em consideração ainda a contradita feita pelas partes, sem olvidar que a despeito de regra geral o agente público, assim como qualquer pessoa não ter interesse em fomentar uma condenação injusta, o envolvimento e a atuação no caso concreto lhe gera interesse na legitimação de seus atos, o que certamente pode influenciar no teor da declarações prestadas, logo, deve despertar a atenção do julgador.

Imprescindível também a atenção a ser dispensada aos testemunhos que baseiam-se em denúncias anônimas ou que consistam em “testemunhos de ouvir dizer”, sendo que, conforme o caso devem ser desconsiderado ou observado com a mais rigorosa restrição.

Ademais, considerando que pacificamente a doutrina interpreta o art. 156 do CPP atribuindo o ônus probatório sobre os fatos à acusação, é lamentável que todas as – oito – câmaras criminais do TJRJ utilizem a súmula 70 como presunção de veracidade/credibilidade da palavra dos agentes públicos e, via de consequência inverte o ônus probatório, fazendo com que o réu, caso não queira se ver condenado, prove cabalmente sua inocência, o que nem sempre é possível, eis que a prova nestes casos geralmente é dificultada em razão da falta de testemunhas alheias ao quadro da polícia, além da carência de recursos e condições técnicas da Polícia Judiciária brasileira.

Observa-se também que à mingua da observância do princípio da presunção de inocência utiliza-se no âmbito da jurisprudência estadual o conceito de fé pública no processo penal, ainda que respeitável parte da doutrina o rechace nesta ocasião em razão de conferir ao próprio Estado, titular do monopólio jurisdicional a presunção da veracidade dos seus atos, resultando em notório desequilíbrio na relação jurídica.

Destaca-se ainda que o conceito de fé pública constitui atributo dos atos da administração, matéria regulada pelo direito administrativo, o que permite o raciocínio de que utilizá-los no âmbito processual penal em detrimento das regras que regem a prova criminal revela afronta à especificidade da legislação.

Por fim, sublinhamos a importância de se observar diretrizes constitucionais para o julgamento dos crimes de tráfico de drogas, e no caso da avaliação probatória sobressalta a importância do art. 93, IX da CRFB/88 que aliado ao CPC/2015 e ao CPP traduz-se no pressuposto de validade das decisões o atento e adequado exame de cada uma das provas, atributo indispensável ao correto deslinde do processo e garantidor dos direitos das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, cf. Enrico, **Psicologia judiciária**, v. 2, [s.l.]:[s.n].

ARAGONES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. [S.l.]:[s.n].

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. **Direito Processual Penal** – Tomo I. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas** - tradução de Paulo M. Oliveira, 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BIANCHINI, Alice...[et al.]; [coordenação Luiz Flávio Gomes]. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 16ª ed. São Paulo Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BRASIL. Comarca de Três Rios. 1ª Vara. Proc. **Processo No 0004529-43.2015.8.19.0063**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2015.063.004495-0&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>> Acesso em: 05/11/2016

_____. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. **Processo No 0004581-05.2016.8.19.0063**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2016.063.004550-5>> Acesso em: 05/11/2016

_____. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. **Processo No 0007215-08.2015.8.19.0063**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.063.007211-7>> Acesso em: 05/11/2016

_____. Comarca de Três Rios. 2ª Vara. **Processo No 0012878-69.2014.8.19.0063**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.063.012960-5>> Acesso em: 05/11/2016

_____. STF. 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84517&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 19/11/2016
BRASIL. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo366.htm> Acesso em: 19/11/2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 512**. DJe de 16-6-2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 14/11/2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf Acesso e 10/11/2016

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.stf.jus.br/portal>. p. 1154

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300> Acesso em: 10/11/2016

_____. TJ-CE. **Recurso em Sentido Estrito RSE 00011461520158060000** CE 0001146-15.2015.8.06.0000 (TJ-CE). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 22/02/2016. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJDF. **Recurso Em Sentido Estrito RSE 46773519998070003** DF 0004677-35.1999.807.0003 (TJ-DF). 2ª Turma Criminal. Data de publicação: 31/08/2005. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7276332/recurso-em-sentido-estrito-rse-46773519998070003-df-0004677-3519998070003>> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJ-MG. **Apelação Criminal APR 10051120024693001** MG (TJ-MG). 7ª Câmara Criminal. Data de publicação: 07/02/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119310637/apelacao-criminal-apr-10051120024693001-mg>> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJ-PE. **Recurso em Sentido Estrito RECSENSES 564953820088170001** PE 0021943-79.2010.8.17.0000 (TJ-PE). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 12/07/2011. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJ-PR. **Apelação APL 12556346 PR 1255634-6** (Acórdão) (TJ-PR). 1ª Câmara Criminal. Data de publicação: 08/04/2015. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179665123/apelacao-apl-12556346-pr-1255634-6-acordao>> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJRJ. 1ª Câmara Criminal. Des. Luiz Zveiter. **Apelação nº 0235934-96.2012.8.19.0038**. Publicação: 02/12/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156554077/apelacao-apl-2359349620128190038-rj-0235934-9620128190038>> Acesso em 05/11/2016

_____. TJRJ. 1ª Câmara Criminal. Des. Luiz Zveiter. **HC 0020148-13.2012.8.19.0000**. Publicação: 18/05/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205903490>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Katia Jangutta. **Apelação 0024960-27.2014.8.19.0001**. Publicação: 16/11/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505005344>> Acesso em: 04/09/2016/.

_____. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Flávio Marcelo Fernandes. **Apelação 0025658-07.2013.8.19.0021**. Publicação: 29/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505012617>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Jose Muinos Pineiro Filho. **Apelação 0004222-56.2012.8.19.0011**. Publicação: 23/07/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305013427>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 2ª Câmara Criminal. Des. Jose Muiños Piñeiro Filho. **Apelação 0002156-04.2013.8.19.0065**. Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505002561>> Acesso em: 02/09/2016/.

_____. TJRJ. 3ª Câmara Criminal. Des. Suimei Meira Cavalieri. **Apelação 0295608-48.2014.8.19.0001**. Publicação: 12/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013286>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 3ª Câmara Criminal. Des. Suimei Meira Cavalieri. **Apelação 0003238-38.2010.8.19.0045**. Publicação: 27/09/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205004458>> Acesso em: 04/09/2016.

_____. TJRJ. 4ª Câmara Criminal. Des. Gizelda Leitao Teixeira. **Apelação 0045273-12.2015.8.19.0021.** Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013619>> Acesso em: 04/09/2016/.

_____. TJRJ. 4ª Câmara Criminal. Des. Gizelda Leitão Teixeira. **Apelação 0045273-12.2015.8.19.0021.** Publicação: 11/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505013619>> Acesso em: 02/09/2016/.

_____. TJRJ. 5ª Câmara Criminal Des. Cairo Ítalo França David.. **Apelação 0068058-96.2013.8.19.0001.** Publicação: 21/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505011109>> Acesso em: 04/09/2016/.

_____. TJRJ. 5ª Câmara Criminal. Des. Antonio Carlos Dos Santos Bitencourt. **Apelação 0024043-48.2011.8.19.0054.** Publicação: 08/01/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201305008741>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 6ª Câmara Criminal. Des. Renata Machado Cotta. **Apelação 0035159-81.2009.8.19.0002.** Publicação: 22/05/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201005003494>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des Sidney Rosa Da Silva. **Apelação 0012504-50.2011.8.19.0001.** Publicação: 17/03/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201405000666>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Joaquim Domingos De Almeida Neto. **Apelação nº 0004576-40.2013.8.19.0078.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228531998/apelacao-apl-45764020138190078-rj-0004576-4020138190078>> Acesso em 20/10/2016.

_____. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Sidney Rosa. **Apelação nº 0034612-81.2013.8.19.0202.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201505016284>> Acesso em 20/10/2016.

_____. TJRJ. 7ª Câmara Criminal. Des. Siro Darlan De Oliveira. **Apelação 0119093-66.2011.8.19.0001.** Publicação: 28/06/2012. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201205000714>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Adriana Moutinho. **Apelação 0200845-21.2015.8.19.0001.** Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605000707>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Cláudio Tavares de A. Junior. **Apelação 0001110-92.2014.8.19.0081.** Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605000527>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Elizabete Alves de Aguiar. **Apelação 0001003-67.2015.8.19.0031.** Publicação: 15/04/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201605002792>> Acesso em: 06/09/2016.

_____. TJRJ. 8ª Câmara Criminal. Des. Joaquim Domingos De Almeida Neto. **Apelação nº 0192467-13.2014.2014.8.19.0001.** Publicação: 04/09/2015. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228531998/apelacao-apl-45764020138190078-rj-0004576-020138190078>> Acesso em 20/10/2016.

_____. TJRJ. 8ª Câmara. Des. Elizabete Alves de Aguiar. **Apelação 0002751-92.2015.8.19.0045.** Publicação em: 27 de abril de 2016. Disponível em: <<http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351460951/apelacao-apl-27519220158190045-rio-de-janeiro-resende-1-vara-criminal/inteiro-teor-351460959>> Acesso em: 04/09/2015.

_____. TJRJ. **Apelação 00087635320138190026** RJ 0008763-53.2013.8.19.0026. 1ª Câmara Criminal. DES. MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO. Publicação: 28/08/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139243246/apelacao-apl-87635320138190026-rj-0008763-5320138190026>> Acesso em 08/11/2016

_____. TJRJ. OITAVA CAMARA CRIMINAL. Relator: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR. **Apelação 0003876-83.2014.8.19.0028**. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205915830/apelacao-apl-387683-20148190028-rj-0003876-8320148190028>> Acesso em 07/11/2016

_____. TJRJ. Referência: **Súmula da Jurisprudência Predominante** (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ) - Julgamento em 04/08/2003 - Votação: unânime - Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004 - fls. 565/572. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em: 20/10/2015.

_____. TJRJ. **RESE. 00398402120148190002**. 1ª Câmara Criminal. Relator(a): MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/365359192/rec-urso-em-sentido-estrito-rse-398402120148190002-rio-de-janeiro-niteroi-3-vara-criminal>> Acesso em: 08/11/2016

_____. TJ-RN. **Apelação Criminal ACR 18486 RN 2007.001848-6** (TJ-RN). Câmara Criminal. Data de publicação: 16/05/2008. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3836707/apelacao-criminal-acr-18486>> Acesso em: 11/11/2016

_____. TJ-RS. **Recurso em Sentido Estrito RSE 70065756827 RS** (TJ-RS). 1ª Câmara Criminal.

_____. TJSP. **Recurso em Sentido Estrito RSE 990092261185 SP** (TJ-SP). 8ª Câmara de Direito Criminal. Data de publicação: 26/05/2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14828029/recurso-em-sentido-estrito-rse-990092261185-sp>> Acesso em: 11/11/2016

_____. Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. **Portaria n.º 344**, de 12 de maio de 1998. (*) Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf> Acesso em: 17/11/2016.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da Prova no Processo Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASARA, Rubens R. R. **Presunção de Veracidade dos Depoimentos dos Agentes Públicos: Testemunhas “Acreditadas”, da Tradição Islâmica ao Autoritarismo Brasileiro, in Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**, Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

_____. **Curso de Processo Penal**, 2ª edição. [S.l.]: Editora Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo, Malheiros, 2001. Vol. II.

DONIZETTI, Elpidio, **Curso Didático de Direito Processual Civil**, 19. Ed revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de março de 2015 e atualizada com a lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**, v. 3

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 6ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005

FRAGOSO, Heleno. Prova: **Testemunho de ouvir dizer**. Disponível no verbete 453 da obra "Jurisprudência Criminal" 4ª Ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. **Novo Código de Processo Civil Comentado, atualizado pela lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 365

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

HUNGRIA, Nelson [S.l][s.n] *apud* BRASIL. STF – Segunda Turma. HC 101.265, Relator: Min. Ayres Britto Redator Do Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Publicação: 10/04/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085123/habeas-corpus-hc-101265-sp-stf/inteiro-teor-110524495>> Acesso em: 25/08/2016

IENNACO, Rodrigo. **Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 14, n. 62. Editora Revista dos Tribunais, set-out 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio de. Crimes de trânsito: **anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. São Paulo: Saraiva, 2009

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, v. II

LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, 9ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

Luiz Gabriel Batista Neves, *in*: **A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL** p. 5 disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2922/2114> Acesso em: 25/10/2016 04:25h

MAIS, Carlo Velho; *in*: Influências do Novo CPC no processo penal, disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/influencias-do-novo-cpc-no-processo-penal>> Acesso em: 12/11/2016 15:02h.

MARCÃO, Renato, *in*: Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: por maioria, Plenário do STF decide que o crime de tráfico privilegiado de droga não é equiparado a hediondo. Encontrado em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1252-art-33-4-da-lei-11-343-2006-por-maioria-plenario-do-stf-decide-que-o-crime-de-trafico-privilegiado-de-droga-nao-e-equiparado-a-hediondo.html>. Acesso em 13/09/2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 33ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1969. v. 1.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anthon. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi, 5 ed. Campinas: Bookseller, 2008.

_____. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi, 2 ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas** - Vol. I. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2011.

_____. **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 18ª Ed. Editora Lumens Juris: Rio de Janeiro 2011

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Silas Silva; COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Considerações Críticas Acerca do Valor do Depoimento de Agente Policial no Processo Penal**. [S.]

SENDRA, Vicente Gimeno. **Fundamentos Del Derecho Procesal**. Madri: Civitas, 1981, p. 190
Sentis Melendo, La Prueba. [S.i]. [s.n] p. 33

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 11. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed Juspodvm, 2016

_____. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013

ZAFFARONI e PIERANGELI. **Manual de direito penal brasileiro**; parte geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997