



Indicação n.º. 24/2024

Autoria da Indicação: Fernanda Prates Fraga

Relator: Caio Badaró Massena

Ementa: Parecer sobre o cancelamento/revisão do verbete 70 da Súmula da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 2003, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) editou a Súmula 70, com a seguinte redação: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. A referida Súmula foi aprovada em 2003 e publicada em 2004.

Desde então, a Súmula 70 vem sendo aplicada quotidianamente pela justiça fluminense e, ao mesmo tempo, sofrendo críticas e questionamentos por seus efeitos concretos no sistema de justiça criminal.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) requereu, em 2018, o cancelamento da Súmula ou, subsidiariamente, a sua revisão, dando ensejo à instauração do Procedimento Administrativo n.º. 0032357-91.2024.8.19.0000.

Em maio de 2024, foi aprovada no Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) a Indicação n.º 24/2024, de autoria de Fernanda Prates Fraga (2ª Vice-Presidente da Comissão de Criminologia), sobre o cancelamento/revisão da referida Súmula, razão pela qual se apresenta o presente parecer.

II. O OBJETO DO PROCESSO PENAL E A FUNÇÃO DA PROVA PENAL

Historicamente, os temas do objeto e da finalidade do processo penal despertam calorosos debates doutrinários. Não é o caso de mergulharmos profundamente neste oceano teórico-dogmático.¹ Basta atentarmos ao fato de que, sob uma perspectiva hegemônica e normativa, o mecanismo processual penal é colocado em funcionamento para verificação da imputação penal; em outras palavras: para verificação da atribuição de um fato concreto com relevância penal a quem o tenha praticado ou para o qual tenha concorrido.²

O processo penal não é uma empresa epistemológica pura, sem espaço para considerações contraepistêmicas. Sua dimensão epistêmica, no entanto, é inegável e constitui elemento garantista da justiça penal.³

Com efeito, o direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CR) estabelece como ponto de partida do processo penal a inocência do imputado. Esse é o ponto de partida normativo: o processo é um mecanismo de apuração da culpa, e não da inocência do imputado (no seguinte sentido: se ao final do processo o imputado não é condenado, é preciso dizer que ele já era inocente desde o início); tem caráter cognitivo, e não potestativo.⁴

No entanto, em consonância com o referido caráter cognitivo, não há como se negar que o processo deve partir de um estado de dúvida/incerteza.⁵ Nesse sentido, a atividade probatória desempenha papel fundamental. O tema é bem sintetizado por Jordi Nieva Fenoll: em geral, lançamos mão da atividade probatória porque não sabemos como algo

¹ Para tanto, ver, por exemplo: PRADO, Geraldo. *Curso de Processo Penal*. Tomo I: Fundamentos e Sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 233 e ss.; GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2015. p. 157 e ss.; COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989; NANZER, Alberto. *La regularidad como derecho individual*. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 143 ss.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 22.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Giustizia e politica*. Crisi e rifondazione del garantismo penale. Bari: Laterza, 2024. p. 24-30.

⁴ GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazione. In: *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*. Atti del convegno. Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. p. 97.

⁵ Penso que o tema foi muito bem explorado no parecer elaborado pela Comissão de Direito Penal, de autoria do Membro Honorário do IAB Denis Sampaio, relativo ao tema que ora me ocupa.

se passou e queremos saber como aconteceu; desejamos, por intermédio da atividade probatória, conhecer a realidade (digamos, pretérita).⁶

III. A PASSAGEM ENTRE O *DEVER-SER* E O *SER*: O ERRO JUDICIÁRIO E A CONDENAÇÃO DE INOCENTES

A crença de que a atividade probatória nos permitirá decidir sobre a imputação penal convive com a constatação do caráter probabilístico do raciocínio judicial em matéria de fatos. Nesse sentido, já se disse que “nunca um conjunto de elementos probatórios, por grande e relevante que seja, permitirá alcançar certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese”.⁷ Disto decorre a possibilidade sempre presente de erros judiciários materiais: aceitar como provado algo que não aconteceu ou não aceitar como provado algo que aconteceu.

Como destaquei em outro lugar,⁸ o erro fático não é um aspecto secundário do processo judicial. Não à toa, no tocante ao direito penal, a condenação de inocentes sempre esteve no centro das preocupações e foi ao longo da história vista como um escândalo moral e político. São conhecidas, quanto ao tema, passagens bíblicas (Deuteronômio 19:13; Gênesis 18:22-33), a “máxima de Trajano” citada por Ulpiano e as famosas fórmulas (proporções) de Blackstone, Fortescue e Lord Hale,⁹ todas a indicar que prevenir a condenação de um inocente é um mandato moral e político de alta intensidade oriundo da experiência e do temor de que isto ocorra conosco, e cuja violação produz um verdadeiro escândalo institucional.¹⁰

O erro judiciário é uma realidade de todo sistema de justiça. Não é – e nem poderia ser – diferente em relação à justiça criminal brasileira.¹¹ Trata-se de uma realidade que deve ser enfrentada com seriedade e arrojo. Ao perquirir a conveniência do

⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 149.

⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91, trad. livre.

⁸ BADARÓ MASSENA, Caio. Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira. *Quaestio Facti – Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 4, p. 123-143, 2023.

⁹ SANCINETTI, Marcelo A. Testimonio único y principio de la duda. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, v. 3, p. 1-22, 2013. p. 3-6.

¹⁰ BINDER, Alberto M. *Derecho Proceso Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2021. p. 39.

¹¹ Cf. SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Rev. Bras. de Dir. Proc. Pen.*, v. 8, n. 2, p. 567-600, mai.-ago. 2022; MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Rev. Bras. de Dir. Proc. Pen.*, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021.

cancelamento/revisão da Súmula 70 do TJRJ, a pergunta que se faz é: a referida Súmula contribui para a condenação de inocentes ou para a correta atribuição da responsabilidade penal dos autores de crimes?

IV. PREMISSAS GERAIS RELATIVAS À PROVA TESTEMUNHAL: CONTRIBUIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA E DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Em 2022, elaborei, em parceria com William Ceconello¹² e Saulo Mattos¹³, o caderno “Reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça”, no âmbito do Projeto Prova Sob Suspeita, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.¹⁴ Naquela ocasião, buscamos justificar a seguinte proposição: “[n]enhum depoimento terá sua veracidade ou falsidade presumida, devendo o/a magistrado/a valorar o seu conteúdo a partir da corroboração por elementos externos e objetivos, submetidos ao contraditório”.

Considerando o tempo escasso para elaboração do presente parecer, tomo a liberdade de reproduzir abaixo parte da nossa justificativa, pertinente à análise ora em questão. Veja-se (itálico inserido no presente parecer):

“O testemunho jurídico, tido como elemento fundamental na atividade probatória e capaz de atuar na tarefa de justificação da aceitação do juiz sobre um enunciado fático, deve ser encarado como uma forma concreta de testemunho.¹⁵ Uma postura de constante monitoramento e avaliação epistêmica parece ser a postura mais adequada e racional dentro do contexto de um processo criminal, motivo pelo qual o juízo necessita de boas razões objetivas para acreditar na mensagem que oferece a testemunha. Por outro lado, ela deve oferecer seu testemunho com sinceridade; e nesse ponto, convém que o desenho institucional possibilite (ou ao menos

¹² Doutor em Psicologia Cognitiva pela PUCRS. Coordenador do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). Psicólogo Jurídico e Professor de Psicologia na Atitus Educação. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1782277694993596>.

¹³ Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA). Master en Razonamiento Probatorio pela Universidade de Girona-Espanha (UDG). Doutorando na Universidade de Brasília (UNB). Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Direito. Promotor de Justiça na Bahia. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/8303862750718563>.

¹⁴ IDDD. *Reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça*. 2ª ed. São Paulo: IDDD, 2022. Disponível em: <https://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Consultado em 10 de junho de 2024.

¹⁵ VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 58.

potencialize a possibilidade) que a mensagem sincera coincida com a sua veracidade.¹⁶

É de se notar que não há pessoas privilegiadas e menos expostas aos fatores de influência na exatidão dos depoimentos. Conforme respectiva lista, não exaustiva, elaborada por González e Manzanero, as declarações podem ser influenciadas por fatores do evento: condições perceptivas, informação especial, familiaridade e frequência, violência do evento; fatores da testemunha: gênero, idade, capacidade intelectual, expectativas e estereótipos, ansiedade e emoção, situações traumáticas, estresse, grau de participação, estado mental; e fatores do sistema: passagem do tempo, recuperação múltipla, formato de recuperação, informação pós-evento, memórias implantadas e fatores de sugestibilidade.¹⁷

Com efeito, estudiosos do tema em comento sugerem *uma avaliação que não presuma a veracidade das provas dependentes da memória*¹⁸ e *um abandono da confiança do sistema de justiça criminal na percepção e na memória humana*.¹⁹ Em tese dedicada ao tema, Vitor de Paula Ramos, considerando o baixo grau de confiabilidade que possui a prova dependente da memória humana, defende uma *versão não presuntivista da prova testemunhal e a impossibilidade de que ela, por si só, supere o standard de prova necessário para condenação em casos criminais*.²⁰

V. AS JUSTIFICATIVAS PARA A CRENÇA NA PALAVRA DO POLICIAL: UM BREVE CONFRONTO DOS (POSSÍVEIS) ALICERCES TEÓRICOS DA SÚMULA 70

No já mencionado caderno elaborado para o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, tratei também de justificar a seguinte proposição: “[o]s depoimentos policiais

¹⁶ BADARÓ MASSENA, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. *Rev. Bras. de Cienc. Crim.*, v. 156, n. 27, p. 23-59, jun. 2019.

¹⁷ GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L. *Obtención y valoración del testimonio*. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Pirámide, 2018.

¹⁸ FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. 2ª ed. Florianópolis: EMais, 2020.

¹⁹ BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Broadway Books, 2016. p. 259-264.

²⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo*. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 134-137. Em defesa da exigência de que todo depoimento prestado por testemunha seja corroborado por outros elementos de prova, ver: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La supuesta facilidad de la testifical. In: *Prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 123-125; CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 280; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 15, 2007. p. 110-115.

devem ser acompanhados de elementos externos de corroboração e, por si só, não são suficientes para a condenação criminal”. Abaixo, sigo – com algumas alterações e acréscimos – a argumentação desenvolvida naquela ocasião, à qual remeto o leitor para uma análise pormenorizada.²¹

Em suas pesquisas, a Professora Maria Gorete Marques de Jesus²² observou as principais justificativas ofertadas por juízes e promotores para adoção em processo judiciais da versão policial, dentre as quais destacam-se três grupos principais de crença: (i) *crença na função policial* (policiais são funcionários públicos no cumprimento do dever legal, têm fé pública, atuam na defesa da sociedade e gozam de presunção de veracidade), (ii) *crença na conduta policial* (ausência de motivos ou interesses de policiais na prisão de pessoas inocentes e de motivação para imputar crimes a pessoas que não conhecem) e (iii) *crença no saber policial* (policiais sabem quem é traficante, têm técnicas para realizarem flagrantes e mecanismos de obtenção de confissão).²³

Embora não estejam disponíveis os fundamentos que levaram à aprovação da Súmula 70, é razoável inferir que sejam essas as justificativas que, ainda hoje, a sustentam.²⁴ Estas justificativas, contudo, apresentam sérias deficiências. Vejamos:

V.1) A crença na função policial: o argumento da fé pública

No âmbito do direito administrativo, a presunção de veracidade dos atos do poder público significa que os fatos alegados pela Administração Pública se presumem

²¹ IDDD. *Reconhecimento de pessoas e prova testemunhal*: orientações para o sistema de justiça. 2ª ed. São Paulo: IDDD, 2022. Disponível em: <https://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Consultado em 10 de junho de 2024. p. 96 e ss.

²² Doutora em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Licenciada e Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH/USP). Professora do Departamento de Sociologia, área de Teoria e Métodos em Sociologia, com exercício na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/3277182968137071>.

²³ JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. *Rev. Bras. de Cienc. Soc.*, v. 35, n. 102, p. 1-15, 2020; RIGON, Bruno Silveira; JESUS, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Rev. Bras. de Cienc. Crim.*, v. 162, ano 27, 2019.

²⁴ Em sentido semelhante, caminha o parecer elaborado pela Comissão de Direito Penal, de autoria do Membro Honorário do IAB Denis Sampaio.

verdadeiros,²⁵ decorrendo desse atributo a inversão do ônus da prova, cabendo à parte contrária à Administração Pública provar os fatos em que se fundamenta sua pretensão.²⁶

O problema é que a utilização dessa presunção de veracidade em processos criminais vai de encontro ao direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CR). Como visto, a presunção de inocência estabelece a inocência do imputado como ponto de partida do processo criminal, que, por consequência, conforma-se como um mecanismo de apuração da culpa, e não da inocência do imputado. Isso leva a que o ônus da prova, no tocante à imputação, recaia exclusivamente sobre a acusação; em outras palavras, cabe à acusação provar a responsabilidade penal do imputado, e não a esse provar sua inocência. Portanto, válida ou não no âmbito administrativo, a tese não se sustenta juridicamente no contexto do processo penal.²⁷

V.2) A crença na conduta policial: o argumento da falta de intenção dos policiais em prejudicar outras pessoas

O salto entre a não existência de intenção dos policiais e a veracidade do depoimento policial desconsidera o funcionamento da memória humana. Conquanto a mentira deliberada seja um problema a ser considerado quando se fala em prova testemunhal, maior preocupação surge dos chamados “erros honestos”, que independem da intenção da testemunha. O fato de não existir motivo para que uma testemunha preste declaração inverídica não significa que o depoimento prestado seja verdadeiro.

A primeira fase da memória (codificação ou aquisição), longe de ser um registro objetivo e estático do evento, importa na seleção, interpretação e integração de um novo conhecimento nas estruturas da memória. Nessa fase, relativamente à função desempenhada por policiais, diversos fatores de influência na memória humana devem

²⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 181.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Sanella. *Direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 242. . Interessante notar que, mesmo na doutrina administrativista, há quem entenda não ter sido o princípio da veracidade dos fatos invocados pela administração pública recepcionado pela Constituição da República, em face dos princípios da motivação e da presunção de inocência, mormente quando houver a imposição de sanções ao administrado (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. *Rev. de Dir. Adm.*, v. 259, p. 73-87, jan.-abr. 2012).

²⁷ Para um confronto empírico desta tese, conferir: CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Sobre a relevância do depoimento policial no processo penal: a inadequação constitucional da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Data: 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/378690647_Sobre_a_relevancia_do_depoimento_policial_no_p_rocessos_penal_a_inadecuacao_constitucional_da_Sumula_70_do_Tribunal_de_Justica_do_Estado_do_Ri_o_de_Janeiro. Consultado em 10 de junho de 2024. p. 8 e ss.

ser considerados: (i) o efeito prejudicial à memória de situações que envolvam estresse, trauma, ansiedade e emoção;²⁸ (ii) expectativas e estereótipos (a influência de conhecimentos prévios, crenças e experiências leva a que o sujeito, quando tem a expectativa de ver algo, e mesmo que este não esteja presente, pareça e pense, ainda que inconscientemente, vê-lo);²⁹ (iii) estado emocional (as pessoas centram sua atenção e lembram melhor aquela informação que é relevante para os seus propósitos ativos, que dependem do seu estado emocional);³⁰ (iv) presença de detalhes marcantes (maior probabilidade de a testemunha se concentrar e recordar dos detalhes marcantes do evento);³¹ (v) violência do evento (em alguns eventos extremamente traumáticos, como costumam ser os eventos com grande violência, ocorre a denominada amnésia psicogênica, em que a testemunha se recorda de muito pouco ou nada da situação de horror que viveu).³²

Todos esses fatores, verificados em diversos estudos da psicologia do testemunho, estão, em maior ou menor grau, presentes durante a atividade policial, de modo que não se pode conferir credibilidade ao depoimento de um policial sem levar em conta tal influência em sua memória. A tese não se sustenta porque oferece um salto lógico débil e termina por desviar o foco do problema: da falta de intenção em prejudicar outras pessoas não se pode inferir a veracidade do depoimento de uma testemunha qualquer.

V.3) A crença no saber policial: o argumento do policial como sujeito especialmente treinado

Há uma crença comum de que policiais merecem confiança porque são treinados para situações pelas quais passam e presenciam constantemente eventos do mesmo tipo (crença no saber policial). Convém, também aqui, ter em mente o que apontam as pesquisas.

²⁸ GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L. *Obtención y valoración del testimonio*. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Pirámide, 2018. p. 75-76.

²⁹ GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L. *Obtención y valoración del testimonio*. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Pirámide, 2018. p. 74.

³⁰ SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 27; MANZANERO, Antonio L. *Memoria de testigos*. Obtención y valoración de la prueba testifical. Madrid: Ediciones Pirámide, 2018. p. 35-36.

³¹ CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 163.

³² SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 28.

De fato, um estudo com detetives de equipe de vigilância, agentes policiais e civis observou que os detetives e agentes de polícia relataram muito mais informações sobre uma transação de drogas gravada em vídeo do que civis, particularmente sobre as principais prioridades a partir de uma perspectiva investigativa: veículos, horários e telefones. No entanto, não houve diferença na precisão da identificação de pessoas entre civis e policiais uniformizados, de modo que as provas disponíveis mostraram que o treinamento ou as instruções geralmente não melhoram, por exemplo, a capacidade de reconhecer rostos. Relativamente à capacidade de reconhecimento, o estudo concluiu que, se levados em conta todos os tipos de fila de identificação (de alvo ausente e de alvo presente; pessoa e pintura), os agentes da polícia fizeram numericamente (mas não de forma significativa) mais falsas identificações do que detetives e civis. Assim, até certo ponto, os resultados confirmaram a tendência, observada em estudos anteriores, de que, na verdade, os agentes policiais são relativamente propensos a emitirem um alarme falso. Há que se destacar, no entanto, o efeito positivo de treinamentos específicos para reportar informações criminalmente relevantes da forma mais completa e precisa possível, como acontece com detetives de equipes de inteligência, que são de fato especialistas em observação.³³

Relativamente à frequência, cabe destacar que, se uma pessoa testemunhar um mesmo delito em reiteradas ocasiões, tenderá a recordar mais detalhes do que quando o evento se apresenta de forma isolada.³⁴ Nesses casos, entretanto, a testemunha tende a produzir mais erros de comissão, provocados pela interferência entre as distintas ocasiões com que teve contato.³⁵ Trata-se da contaminação da memória pelos chamados efeitos de *scripts* de rotina:³⁶ a memória para um determinado assalto pode ter em si a recordação de detalhes comuns à maioria das ocorrências (e.g., o assaltante tentou fugir), mas não necessariamente àquela ocorrência em questão. Além dos fatores de influência na fase de codificação, é inegável que, durante a fase de retenção (armazenamento) das informações,

³³ VREDEVELDT, Annelies; KNOL, Joris W.; VAN KOPPEN, Peter J. Observing offenders: Incident reports by surveillance detectives, uniformed police, and civilians. *Legal and Criminological Psychology*, 22, p. 150-163, 2017; VREDEVELDT, Annelies; KOPPEN, Peter J. van. The Thin Blue Line-Up: Comparing Eyewitness Performance by Police and Civilians. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 5, n. 3, p. 252-256, 2016.

³⁴ GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 175.

³⁵ MANZANERO, Antonio L. *Memoria de testigos*. Obtención y valoración de la prueba testifical. Madrid: Ediciones Pirámide, 2018. p. 31.

³⁶ MILNE, R; SHAW, Gary; BULL, Ray. Investigative interviewing: The role of research. *Applying psychology to criminal justice*, [s. l.], p. 65-80, 2007.

policiais são expostos a grande quantidade de informação pós-evento, já vista como um dos principais fatores de alteração da memória de testemunhas.³⁷

Como observado, a crença no suposto saber policial também não socorre o raciocínio que busca atribuir uma alta e suficiente credibilidade aos depoimentos prestados por agentes policiais, materializado na Súmula 70 do TJRJ.

VI. OS EFEITOS CONCRETOS DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 70 DO TJRJ NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Em 21 de fevereiro de 2024, o Professor Salo de Carvalho³⁸ e a Professora Mariana de Assis Brasil e Weigert³⁹ apresentaram parecer em consulta formulada pelo Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, relativamente ao tema que me ocupa.⁴⁰ Naquela oportunidade, após apresentarem uma lista exaustiva de estudos e pesquisas empíricas, os pareceristas responderam ao primeiro quesito da seguinte forma:

“(a) Do ponto de vista empírico (criminológico), quais os efeitos concretos da aplicação da Súmula 70 no sistema de justiça criminal?”

Resposta: A presunção de credibilidade dos depoimentos policiais, normatizada pela Súmula 70 do TJRJ, e a sua suficiência para formação do juízo condenatório geram consequências bastante nítidas no fluxo do processo penal (microanálise: *endoprocessual*): (*primeira*) desativa os filtros que garantiriam o controle da justa

³⁷ Tal fator não passou despercebido no julgamento do RHC n.º 64.086 pelo STJ. Na ocasião, o Min. Rogerio Schietti Cruz, designado para elaboração do acórdão, abordou as limitações normais da memória humana, oferecendo como exemplo justamente o trabalho policial.

³⁸ Pós-Doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, ES); em Direito Penal pela Università di Bologna (Bologna, ITA); e em Filosofia Política pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ); Professor Adjunto de Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/4997752549394373>.

³⁹ Doutora em Psicologia Social e Institucional pela UFRGS. Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estácio de Sá. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2599484357873815>.

⁴⁰ CARVALHO, Salo; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Sobre a relevância do depoimento policial no processo penal: a inadequação constitucional da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Data: 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/378690647_Sobre_a_relevancia_do_depoimento_policial_no_processo_penal_a_inadecuacao_constitucional_da_Sumula_70_do_Tribunal_de_Justica_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro. Consultado em 10 de junho de 2024.

causa para a ação penal; (*segunda*) transforma a prova testemunhal no epicentro da cognição, em detrimento das provas técnicas e independentes; (*terceira*) incentiva a omissão do Ministério Público na produção de prova autônoma de qualidade; (*quarta*) reduz o standard de prova, justificando condenações com baixa qualidade de verdade fática; em consequência, ao elevar o nível de injustiça epistêmica, (*quinta*) distorce o devido processo penal ao converter a verdade policial em verdade judicial; e, de forma geral, (*sexta*) objetifica o sujeito em todas as fases da intervenção punitiva (policial e judicial).

Em paralelo, no que tange à atuação das agências do sistema penal (macroanálise: *exoprocessual*), a consolidação do preceito (*primeiro*) reforça a legitimidade de ações policiais ilícitas como as de fraude processual (p. ex., destruição ou criação de provas, falsas acusações, confissões sob coação física ou moral dentre outras); (*segundo*) incapacita os mecanismos de controle do excesso nas atividades de repressão e de investigação; (*terceiro*) consolida práticas discriminatórias e violentas em procedimentos cotidianos como os de abordagem, prisão em flagrante e busca domiciliar; e (*quarto*) amplia a seletividade do sistema penal, contribuindo decisivamente para o encarceramento em massa da juventude negra periférica.”

As conclusões apresentadas pelos pareceristas não deixam margem para dúvida: a aplicação da Súmula 70 do TJRJ caminha na contramão das orientações científicas da psicologia do testemunho e contribui para a condenação de inocentes, em evidente contrariedade ao caráter cognitivo do processo penal.

A esses efeitos, soma-se a contribuição para um enviesamento racial da justiça criminal e, por consequência, para a seletividade do sistema penal, evidenciado nos números e pesquisas apresentados no parecer da Comissão de Direito Penal, de relatoria do membro Denis Sampaio, relativo ao mesmo tema que ora me ocupa.

VII. CONCLUSÕES

A dimensão epistêmica do processo penal é vista, no plano normativo, como um aspecto garantista da justiça penal. Em tal sentido, o mecanismo processual deve ser posto em funcionamento para a verificação da atribuição de um fato concreto com relevância penal a quem o tenha praticado ou para o qual tenha concorrido. O processo penal, porém, não é uma empresa epistemológica pura. Além das limitações inerentes a qualquer

investigação histórica, o processo penal deve conviver com (e se sujeitar a) considerações contraepistêmicas.

O erro judiciário material – aceitar como provado algo que não aconteceu ou não aceitar como provado algo que aconteceu – é um problema central da justiça criminal de qualquer ordenamento jurídico. A condenação de inocentes sempre esteve no centro das preocupações jurídicas e sociais e foi ao longo da história vista como um escândalo moral e político. O erro judiciário, sobretudo quando se revela na condenação de pessoa inocente, é uma realidade brasileira que deve ser enfrentada com rigor e seriedade.

Como visto, a Súmula 70 do TJRJ, entre outros efeitos, (i) desativa os filtros que garantiriam o controle da justa causa para a ação penal; (ii) transforma a prova testemunhal no epicentro da cognição, em detrimento das provas técnicas e independentes; (iii) incentiva a omissão do Ministério Público na produção de prova autônoma de qualidade; (iv) reduz o standard de prova, justificando condenações com baixa qualidade de verdade fática; e (v) distorce o devido processo penal ao converter a verdade policial em verdade judicial.

Observados os seus efeitos práticos, é possível afirmar que a Súmula 70 do TJRJ vai na contramão dos achados científicos ofertados pela psicologia do testemunho, que, embora não as repete imprestáveis, sugere uma visão não-presuntivista de qualquer prova dependente da memória e destaca a essencialidade de corroboração por outros elementos de prova.

Além disso, a submissão das crenças que alicerçam (ainda que de maneira não expressa) o entendimento veiculado pela Súmula 70 do TJRJ a uma análise jurídica, empírica e científica revela que o enunciado sumular do judiciário fluminense não se sustenta.

Todo o exposto nos conduz à conclusão de que a Súmula 70 do TJRJ contribui para a condenação de inocentes e mina o caráter cognitivo que – idealmente – deveria servir como fundamento de legitimidade da justiça criminal. Como se não bastasse, a referida Súmula vem contribuindo para o enviesamento da justiça criminal fluminense e para o aumento da seletividade penal.

Desta forma, o presente parecer se posiciona pelo cancelamento da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme requerido pela Defensoria

Pública do Estado do Rio de Janeiro no âmbito do Procedimento Administrativo nº. 0032357-91.2024.8.19.0000.

Dada a relevância do tema e a repercussão social da matéria, recomenda-se, ainda, o requerimento de habilitação do Instituto dos Advogados Brasileiros como *amicus curiae* no mencionado procedimento administrativo em curso perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2024

Caio Badaró Massena

Membro Efetivo do IAB