

Exmo. Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Indicação no. 24/2024.

Ementa – Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Violação aos preceitos e garantias fundamentais Proposta de Cancelamento pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se de indicação realizada pelo Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal sobre a incidência da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A referida análise demanda individualização dos temas que alicerçam toda a discussão teórica e prática sobre a (i)legalidade da Súmula 70 e sua necessária rediscussão e conseqüente cancelamento.

O surgimento da Súmula 70 e o pleito da Defensoria Pública.

Em 2003, o TJERJ editou a Súmula 70, cujo teor expressa que “*o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.*”

A Súmula em debate foi aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2003, e publicada

no início de 2004. Embora não estejam disponíveis muitos fundamentos sobre os debates que ensejaram o entendimento sumulado naquela época, sabe-se que o contexto envolvia a dificuldade de se indicar testemunhas do fato, sugerindo, portanto, a formalização de apenas o testemunho dos policiais condutores do flagrante.

Por isso, a súmula indica que a oitiva de policiais, por si só, garante força probatória para o édito condenatório. Embora não esteja prevista, a interpretação que se faz pelos órgãos julgadores segue na linha da caracterização da fé pública atinente ao cargo policial.

Essa distinção resultou(a) em um acrítico sobrevalor probatório nas palavras de policiais, em especial nas imputações de crimes de tráfico de drogas, roubo, homicídios, dentre outros. O resultado dessa prática e aplicação jurisprudencial seguiu na redução significativa da produção de outros meios de prova nos casos penais. O fomento da simples participação de “dois policiais” na dinâmica probatória gerou, nessas duas décadas, o esvaziamento da busca de outros elementos de comprovação sobre fatos imputados.

Após inúmeras pesquisas empíricas e a preocupação com a recorrente e automática incidência da Súmula 70 do TJRJ nos processos criminais, gerando condenações muitas vezes irreflexivas e, portanto, injustas, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro requereu em 2018, junto ao Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o cancelamento da Súmula ou, subsidiariamente, a sua revisão.

Após o decurso de seis anos o procedimento administrativo (0032357-91.2024.8.19.0000), cujo relator é o Desembargador Luiz Zveiter, será submetido à avaliação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, possibilitando a juntada de memoriais e sustentação oral pela Defensoria Pública, na qualidade de requerente, bem como órgãos e instituições admitidas como *amicus curiae*.

O alto nível de exigência probatória no processo penal para constituição de decisões justas.

Como já apontei em outra oportunidade¹, os princípios da incerteza e da dúvida figuram como parâmetros inafastáveis da dinâmica probatória do processo penal.

A partir da afirmação anterior, a formulação de um método de valoração probatória apropriado ao processo penal deve ter como norte um alto grau de severidade (severos testes de evitação de erros) e de exigência de um *standard* probatório para ultrapassar o estado de inocência do acusado. Neste sentido, Gascón Abellán afirma que “quanto mais exigente seja o *standard* para provar um fato, mais racional será a decisão que declara provado esse fato, pois um *SP* muito exigente minimiza a possibilidade de erro e maximiza a possibilidade de acerto”². Por outro lado, o efeito de eventual proposta de redução do *standard* probatório com o objetivo de reconhecer a culpa do acusado reflete diretamente no prejuízo sobre a proteção dos inocentes³.

Via de consequência, a prova da culpa de qualquer indivíduo deve estar baseada em critérios de constatação de elevado grau de comprovação, justamente pela falibilidade das decisões (humanas) judiciais em todos os sistemas penais⁴.

Por outro lado, a posição de fragilidade do indivíduo – e da própria defesa - em comparação ao Estado, delinea que todos os direitos e garantias fundamentais sejam efetivamente observados em nome da tutela do valor e da proteção do inocente.

¹ SAMPAIO, Denis. *A Valoração da Prova Penal. O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. 1ª. ed. Florianópolis: Emals, 2022, p. 396 e segs.

² GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 28, 2005, p. 130. (trad. livre).

³ LAI, Ho Hock. *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 175

⁴ GAROFOLI, Vincenzo. *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*. *In La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*. A cura di Alfredo Gaito. Torino: Utet, 2006, p. 78.

Esse contexto é extraído da necessidade de minimização de erros decisórios no processo penal em decorrência dos graves efeitos impostos⁵, bem como pela visível posição de desvantagem processual sofrida pelo acusado. Impõe-se, portanto, um nível de exigência no processo penal diverso do processo civil, gerando a identificação de um modelo de constatação da prova e dos enunciados fáticos mais rigorosos para além da presença de dois policiais.

Ho Lai estabelece essa diferença indicando que o fundamento sobre os *standards* no processo civil e no processo penal sofre diferenciação em virtude de inúmeros pressupostos. Para o primeiro, a preponderância sobre as probabilidades ou *the balance of probabilities* dá-se em virtude da igualdade entre as partes no conflito judicial. Por isso, o padrão de cautela do julgador (*degree of caution*) é caracterizado por sua atitude de maior neutralidade institucional (*attitude of impartiality*), não havendo fundamento jurídico para declinar uma postura protetiva do próprio Estado em relação a qualquer dos polos litigantes. Consequentemente, a balança das probabilidades tem seu fundamento no tratamento isonômico fático e jurídico entre as partes⁶.

Por outro lado, pela assimetria do processo penal, o *standard* probatório não é fundamentado pela isonomia entre as partes, na medida em que, na prática, há uma real estrutura voltada para formação punitiva do acusado (o contato e a relação conjunta entre a polícia investigativa e o Ministério Público). Como preceito teórico, a garantia constitucional da inocência indica que o tratamento do acusado deve possuir um nível de proteção sensível para que não haja decisões que infrinjam sanções penais para aqueles que não são responsáveis pelo fato (inocência material), ou que não haja provas desta condição (inocência probatória). Consequentemente, deve haver pelo Estado uma “atitude de proteção” (*the protective attitude*) para com o acusado, o que indica o limite da dúvida razoável

⁵ Até porque, não há como mensurar em qualquer cálculo utilitarista, por mais elaborado que possa parecer, a injustiça de uma punição errada. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 81. Na medida em que uma condenação injusta gera um dano social extremamente grave, por isso a consolidação do princípio do *favor rei* não pode ser caracterizada apenas como princípio processual, mas como norte de aplicação de justiça, como já ressaltava CARNELUTTI, Francesco. *Accertamento del reato e “favor rei”*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XVI, 1961, p. 342.

⁶ LAI, *op. cit.*, 2010, p. 224/226.

como parâmetro a ser ultrapassado pela acusação através de múltiplos e complexos elementos de prova.

Ademais, a aferição quanto à prova da acusação para a comprovação da culpa do acusado não se equipara à aferição sobre as hipóteses compatíveis com a sua inocência⁷. Por fim, essa assimetria baseia-se no juízo de valor ético e moral de que há um erro maior na condenação do inocente em comparação à absolvição do culpado⁸. O grave problema é que a Súmula 70 do TJRJ inverte essa lógica.

Por isso, o *several test* no processo penal deve ser visto em um viés efetivamente prático que se resume na tentativa de minimização de erros decisórios.

O fundamento dessa necessidade dar-se-á pela imposição democrática do devido processo legal, pelo princípio da equidade⁹ e maximização da proteção de inocentes.

A valoração racional do testemunho policial

Um exemplo significativo e diuturno na dinâmica probatória e decisória nos tribunais brasileiros diz respeito às declarações prestadas por policiais. Em muitas decisões condenatórias a Súmula 70 é exposta como substrato da fundamentação, conforme advertiu a Defensoria Pública em seu requerimento inicial e no aditamento de revisão/cancelamento da referida súmula. O que é sentido, portanto, que no cotidiano forense basta a palavra de dois policiais para que a enunciação fática resulte provada.

⁷ *Ibidem*, p. 226/228

⁸ *Ibidem*, p. 229.

⁹ Até porque o “cerne da presunção de inocência não está apenas em um valor instrumental da inocência, mas em um valor relevante para todos – inocentes e culpados” (PALMA, Maria Fernanda. *Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva*. In I Congresso de Processo Penal. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 116.

As declarações de policiais são aptas à construção de uma decisão condenatória, disso não se discorda. O que deve ser analisado, no entanto, é a construção desse raciocínio.

Como é de conhecimento de todos, a prova testemunhal se mostra uma das mais sensíveis e complexas no ordenamento jurídico brasileiro.

Como regra de experiência, aponta-se que todas as testemunhas que depõem em juízo dizem a verdade e, em especial, o policial que não conhecia o acusado e atua de ofício o faria da mesma forma. O problema é que essa máxima não pode figurar generalizada e, na justiça carioca, sumulada. São máximas com alto grau de generalização, destituídas de um método crítico sobre as fontes de prova, fundadas apenas no senso comum que fazem lembrar o sistema de prova legal que bastavam duas testemunhas presenciais e concordantes para a confirmação dos fatos imputados.¹⁰

Via de consequência, pode ser afirmado que também no sistema do livre convencimento, ainda que não esteja previsto em lei, a jurisprudência reconhece valores sobre fontes de provas, tornando, previamente, algumas mais sólidas do que outras com alicerce em regras de experiência e com a caracterização do cargo como substrato de valor superior exposto às suas informações.

Porém, não faltam exemplos de que essa afirmativa pode estar destituída da realidade pelo simples fato do policial ter efetuado a prisão em flagrante do indivíduo, podendo figurar uma zona cinzenta entre um abuso e um ato oficial regular. Por si só, essa máxima já deve ser revista ou menosprezada, justamente por constituir uma mera inferência dedutiva, tornando necessária a aplicação de um método crítico de aferição de credibilidade probatória e, portanto, do seu valor, e não apenas a afirmativa generalizada sobre a mesma.

¹⁰ Nas palavras de Sousa Mendes, “se as regras de experiência formuladas pelo próprio julgador fossem consideradas só por si determinantes para a prova dos factos, então acabariam funcionando da mesma maneira que as antigas fórmulas do sistema da prova legal, por isso mesmo que, tanto aquelas quanto estas prevaleceriam assim sobre o conhecimento dos factos.” MENDES, Paulo de Sousa. *A Prova Penal e as Regras de Experiência*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. III, Org. Manual da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Souza. Coimbra: Universidade de Coimbra – BFDUC (*Studia Iuridica 100*)/Coimbra Editora, 2010, p. 1001.

O valor probatório das informações trazidas pelos policiais não é, teoricamente, superior a qualquer outra testemunha. Todas as nuances e sensibilidades decorrentes da prova testemunhal estão inseridas no depoimento de policiais – como em qualquer fonte humana de informação produzida em juízo -. A análise sobre a legalidade da sua atuação profissional e a fiabilidade do seu depoimento deve ocorrer em cada caso concreto através de uma aferição crítica pelo julgador. Neste ponto, a presença e utilização diuturna da referida Súmula soa como uma redução simbólica e acrítica sobre o teste de credibilidade desses depoimentos.

Por isso, a manutenção da súmula fere diretamente o método racional e individual de valoração da prova testemunhal (policial).

O afastamento das proteções constitucionais pela “fé pública” do testemunho policial.

Muitas decisões condenatórias são baseadas nas palavras exclusivas de policiais. Essa prática decisória gera rupturas significativas em algumas proteções constitucionais.

Violação ao princípio de equidade e isonomia:

Há uma diretriz nefasta pela forma de valoração da prova testemunhal através da aplicação da Súmula 70 do TJRJ. Hiper valoração das palavras policiais e redução do valor probatório das testemunhas defensivas ou da autodefesa do acusado. No momento valorativo de todo o resultado probatório, há verdadeira discrepância na balança.

A interpretação que vem sendo realizada por ocasião da aplicação da Súmula, de forma mecânica e irrefletida, no sentido de conferir presunção de veracidade aos depoimentos prestados por autoridades policiais e seus

agentes¹¹ e, em contrapartida, presunção de falsidade à palavra do indivíduo que ocupa o banco dos réus viola o sistema da livre valoração da prova penal.

Por outro lado, como já apontaram Nicolitt e Barilli, “na verdade, se tivermos que analisar friamente o peso dos depoimentos dos policiais em relação a suas ocorrências, tenderíamos a dizer que eles gozam de certa parcialidade, visto que é presumível que um profissional qualquer seja minimamente interessado no resultado prático de seu trabalho”.¹²

O que é observado na prática é o direcionamento acrítico das informações trazidas pela narrativa policial – pela presunção de veracidade nas suas narrativas - e, conseqüentemente, um filtro crítico constante com os elementos de prova produzido pela defesa – caracterizado pela presunção de interesse e inveracidade dos seus relatos.

Relevante destacar, ainda, dados obtidos por pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que permitem inferir que a presunção de veracidade conferida à palavra de agentes de segurança não é afastada, até mesmo, em casos que se constata nos autos a informação de que a pessoa acusada foi submetida a torturas ou maus tratos por parte dos próprios agentes.

Com efeito, o estudo¹³ lançado em 2021, apontou que em 88% dos casos em que há denúncia de tortura formulada pelo réu, a despeito de haver marcas aparentes de lesões em 46,3% das hipóteses, ocorre a condenação. Registra-se que 53% desses casos se tratavam de imputações de delitos previstos na Lei de Drogas, e, ainda, que 46% das sentenças mencionam expressamente a Súmula 70 do TJRJ como fundamento para a condenação.

Como já abordado em outra oportunidade, os dados objetivos indicaram que, nem mesmo o fato de haver denúncia de agressão perpetrada pelos

¹¹ Pela observância do espantoso número de condenação de inocentes nos EUA com base, em parte, por depoimentos de policiais e peritos faltosos com a verdade, Thaman aponta que “esses velhos pressupostos de integridade oficial são equivocados”. THAMAN, Stephen C. *Reanchoring Evidence Law to Formal Rules: A Step toward Protecting the Innocent from Conviction for Capital Crimes? In: Visions of Justice*. Liber Amicorum Mirjan Damaska. Bruce Ackerman, Kai Ambos and Hrvejo Sikiric (ed.). Berlim: Duncker & Humblot, 2016, p. 381.

¹² NICOLITTI, André e BARILLI, Raphael. *Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. In Boletim do IBCCRIM, Ano 26, n. 302, jan. 2018, p. 8.

¹³ Disponível em <http://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/e96420130874474d93329fe54eae74bd.pdf>>. Acesso em 16/04/2024.

agentes de segurança que efetuaram a prisão, muitas vezes acompanhadas de vestígios físicos da violência registrados em exame de corpo de delito, faz com que os depoimentos dos agentes sejam questionados pelos julgadores, demonstrando ser pertinente a preocupação com a aplicação automatizada e irrefletida do verbete ora em comento¹⁴.

Violação ao contraditório

Parte-se da expressão basilar de Fazzalari no sentido de que o contraditório indica a estrutura dialética do procedimento¹⁵.

Seguindo nessa linha, a participação efetiva e, portanto, pluralista, de todos os envolvidos na seara processual penal dirige-se à tentativa de controle de atividades nitidamente de interferência na vida individual e social e, ainda, perante os atos processuais como mecanismo de comunicação entre as partes e o julgador, perpassando por regras de condução para esse fim.

Portanto, o processo de conhecimento, como atividade dialogal, leva à ideia precípua de participação, deliberação e comunicação intersubjetiva, desaguando na tentativa de controle dos atos de poder.

Destarte, um processo com viés acusatório – como é o nosso seguindo os ditames do art. 3º., A, CPP - tenta valorizar a atuação das partes, criando a possibilidade de obtenção de conhecimentos através do confronto e da dialética processual, seguindo uma racionalidade comunicativa e argumentativa, estabelecendo o ônus à acusação sobre a presença de provas suficientes e convincentes e à defesa o direito de atribuir elementos de prova e argumentação contraditória ou alternativa, evocando o *standard* probatório da dúvida razoável previsto no tipo processual da sentença condenatória. Todos esses parâmetros devem estar coligados ao valor relativo dos elementos trazidos em juízo, sem que

¹⁴ SAMPAIO, Denis; OLIVEIRA, Lúcia Helena e SCHPREJER, Isabel. *Súmula 70 do TJ-RJ através do necessário olhar racial*. In <https://www.conjur.com.br/2024-mai-11/sumula-70-do-tj-rj-atraves-do-necessario-olhar-racial-parte-2/> (acesso em 20.05)

¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7a. ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 82.

haja referência à fé pública como predicado antecipado ao valor probatório dos testemunhos policiais..

Neste contexto, o direito à prova consagra a possibilidade das partes obterem e introduzirem todas as fontes de provas relevantes e lícitas para a discussão probatória, bem como a necessária valoração desses elementos através do mesmo raciocínio inferencial. Por isso, utilizam-se todos os meios de prova hábeis para tentar confirmar/refutar suas pretensões e adequá-las à formação da decisão penal, não havendo diferenciação por valores pré-concebidos, como destaca a prática usual da Súmula 70 do TJRJ.

Violação à presunção de inocência.

Um dos critérios necessários para aferir qualquer grau de culpa em relação ao acusado diz respeito ao reconhecimento do estado de inocência como principal parâmetro destinado à avaliação e formação de um Estado preocupado com a proteção de inocentes e, conseqüentemente, caracterizado não apenas como primeiro critério reitor do conteúdo e da estrutura do processo penal¹⁶, mas como parâmetro de civilização.

ZUCKERMAN e ROBERTS apontam que, sem sua observância material, não há que ser reconhecido um processo penal justo, uma vez que a presunção de inocência é reconhecida como um padrão moral e jurídico que estrutura um forte compromisso de evitação de erro decisório e, portanto, de condenações injustas.¹⁷

Seguindo o efeito funcional do estado de inocência, o acusado deve ser reconhecido inocente como forma precípua de análise probatória. Por isso, deve seguir pela inequívocabilidade probatória, não podendo deixar qualquer grau de dúvida (razoável) sobre a possibilidade da inocência do acusado.

Por outras palavras, a garantia de inocência deve ser vista na sua forma material (presunção de inocência material), na medida em que o julgador deve crer

¹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás. El proceso penal de la presunción de inocência. *In: Jornadas de Direito e Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 30.)

¹⁷ ZUCKERMAN, Adrian e ROBERTS, Paul. *Criminal Evidence*. 2ª. ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 264

que o acusado não cometeu qualquer infração penal no momento da valoração dos fatos expostos pela acusação¹⁸. Ainda, como norte para o juiz durante todo o processo, evitando que, desde o início da dinâmica processual, haja concepções negativas contra o imputado e a defesa.

Via de consequência, a dinâmica processual e probatória deve seguir pela seguinte alusão: “o acusado é inocente. Logo, como se explicam (justificam) essas provas contra ele?”¹⁹ E podemos ampliar a indagação: seriam os dois policiais que efetuaram a prisão que vão justificar, sem o escopo de outras fontes de provas, a comprovação da culpa do acusado?

Como já advertiram Nicolitti e Barilli, “por mais que se trate de depoimento de agentes públicos, a presunção de veracidade e legitimidade sucumbe diante da presunção de inocência, que exige, mais do que um atributo funcional genérico, uma comprovação suficiente para que o fato seja considerado provado.”²⁰

O efeito racial pela aplicação da Súmula 70.

Esse diálogo deve ter como premissas a vivência prática e a demonstração empírica. Por isso, vou me valer de algumas pesquisas realizadas, em especial, pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

Uma primeira pesquisa, realizada no ano de 2003 pelo Centro de Estudos de Segurança Pública (CESeC) denominada “Elemento Suspeito”, demonstrou que jovens do gênero masculino, de pouca renda, e negros eram os mais abordados pela polícia. Em 2021, praticamente 20 anos depois, outra pesquisa foi feita, e não houve muitas mudanças²¹.

¹⁸ Até porque, isso gera a exigência para com o juiz de assumir uma atitude de dúvida incipiente sobre os elementos de prova e sobre a conduta do acusado.

¹⁹ IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 590. (trad. livre)

²⁰ NICOLITTI e BARILLI. *Standards de prova no Direito*, p. 8

²¹ RAMOS, S. *et al.* Negro Trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elemento-suspeito_final-3.pdf>. Acesso em 12 abr. 2024.

O relatório “Suspeita Fundada na Cor: seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil”²², elaborado pelo Núcleo de Justiça Racial e Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, publicado em 2023, apontou o relevo conferido aos testemunhos de policiais no processo criminal de tráfico de drogas. Verificou-se, ainda, a ausência de justificativa válida para a “fundada suspeita”, havendo uma grande fragilidade probatória, mas que ganha legitimidade diante da credibilidade conferida aos testemunhos dos agentes de segurança.

Outra pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro buscava avaliar o perfil de pessoas submetidas às audiências de custódia, bem como os crimes preponderantes, referentes ao período de setembro de 2017 a setembro de 2019. No estudo, constatou-se que as pessoas que ingressaram no sistema prisional são majoritariamente pretas ou pardas, e que a imputação preponderante é pelo crime de tráfico de drogas.²³

Ainda, em busca de demonstração empírica, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através de sua Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça, com o apoio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), realizou pesquisa cujo relatório final foi divulgado no ano de 2018²⁴. Foram analisados no levantamento 3.745 casos individuais relacionados a 2.591 processos, distribuídos entre 1º de junho de 2014 e 30 de junho de 2015 aos juízos das varas criminais da Capital e da Região Metropolitana do Estado do Rio de

²² MACHADO, M.; AMPARO, T. (Coords). *Suspeita Fundada na Cor: Seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil*. Núcleo de Justiça Racial e Direito. FGV São Paulo. Maio de 2023. Disponível em: <<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/fa5261af-4dc1-4a5d-af9e-343190e27b2b/content>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

²³ Os dados demonstram quem são as pessoas que estão ingressando no sistema prisional fluminense. A maioria, acusada por crime de tráfico de drogas, que mesmo sendo formada por custodiados primários, permanecem presos provisoriamente, evidenciando a necessidade de repensar a política de segurança pública que prioriza a apreensão de pessoas em flagrante, muitas vezes pelo local onde se encontram, considerado como dominado por uma organização criminoso ligada ao tráfico, ainda que a quantidade de droga apreendida e nenhuma outra circunstância comprovem a participação nessa organização, como ficou comprovado em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

²⁴ *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana no Rio de Janeiro* – Relatório final. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>>. Acesso em 16/04/2024.

Janeiro, tendo como tema crimes tipificados na Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

O estudo concluiu que agentes de segurança pública (dentre policiais civis, militares e agentes penitenciários – atualmente denominados policiais penais) figuram como testemunhas em 94,95% dos procedimentos que envolvem tais delitos. Demonstrou o relatório, ainda, que 53,79% das sentenças condenatórias por crimes da Lei de Drogas eram fundamentadas, principalmente, nos depoimentos de agentes de segurança, sendo que, em 82,13% dos casos, os processos derivavam de prisões em flagrante (em regra realizadas pelos próprios policiais depoentes), enquanto apenas 6% haviam se originado de investigações policiais.

Assim concluiu o relatório da pesquisa:

A Súmula 70 do TJRJ, com o seguinte teor “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”, tem sido utilizada amplamente para justificar a falta de provas que vinculem o réu a uma organização criminosa. Os juízes fundamentam sua decisão dizendo que a palavra do policial tem legitimidade, por se tratar de funcionário público. Se um policial depõe dizendo que o local é dominado pelo tráfico e ninguém poderia comercializar drogas de forma isolada nesse local, os juízes tendem a não questionar esse depoimento [...]

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

A credibilidade dada à palavra do agente de segurança pública acaba dispensando a produção de qualquer prova da associação criminosa, bastando a afirmação de que o réu, naquela localidade onde foi encontrado, não poderia estar traficando sozinho. [...]

Todo esse arcabouço interpretativo produz um efeito conhecido por todos: a massa carcerária é formada, predominantemente, de pessoas negras. Em

assim sendo, é preciso que se reconheça a seletividade penal, considerando o contexto social que vivenciamos.

Neste ponto concluímos, em outra oportunidade, que “a superação da súmula 70 do TJRJ é um caminho para diminuir a incidência do viés racial na criminalização de pessoas, sem perder de mira a proteção da nossa sociedade, pois a segurança pública não poderia ser, jamais, inimiga da preservação da dignidade humana, bem como dos princípios de endereço constitucional.”²⁵

Conclusão:

Destaco, de início, que a revogação da súmula 70 do TJRJ segue como principal vetor de redução da incidência do viés racial na criminalização de pessoas, conforme já exposto pelas pesquisas realizadas. É preciso que haja esforço de todos os setores do sistema de justiça, para o fim de afastar as impactantes e predominantes taxas do efetivo carcerário e letalidade policial, envolvendo pessoas pobres e negras.

Ainda, pela forma como vem sendo aplicada a Súmula 70 há um desestímulo aos avanços do estudo do direito à prova com flagrante violação ao contraditório, presunção de inocência e do método racional de valoração da prova penal.

Por outro lado, a questão deve passar pelo incentivo de produção de outras fontes de informações, como por exemplo, a efetiva utilização de câmeras corporais e em viaturas, legitimando e conferindo maior credibilidade ao atuar da atividade policial e dos seus depoimentos em juízo.

Neste sentido, em busca de um processo penal democrático, a transparência e legitimidade do sistema de justiça criminal, a revogação da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é uma medida de urgência.

Por fim, em virtude do trâmite atual do procedimento proposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e considerando a urgência da matéria, que produz efeito para toda a atividade defensiva criminal (pública e

²⁵ SAMPAIO, Denis; OLIVEIRA, Lúcia Helena e SCHPREJER, Isabel. *Súmula 70 do TJ-RJ através do necessário olhar racial*. In <https://www.conjur.com.br/2024-mai-11/sumula-70-do-tj-rj-atraves-do-necessario-olhar-racial-parte-2/> (acesso em 20.05)

privada), sugiro que o Instituto dos Advogados Brasileiros se habilite como *amicus curiae* no procedimento administrativo n. 0032357-91.2024.8.19.0000 para apresentação de memoriais e eventual sustentação oral perante o órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Por todos esses argumentos, submeto o presente parecer à Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros para deliberação e apreciação.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2024.

Denis Sampaio

Membro Honorário do IAB/Membro da Comissão Permanente de Direito Penal
do IAB.

Referências bibliográficas

. CARNELUTTI, Francesco. *Accertamento del reato e "favor rei"*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XVI, 1961.

. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Disponível em: <
<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>

. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7a. ed. Padova: CEDAM, 1994.

. GAROFOLI, Vincenzo. *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*. In *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*. A cura di Alfredo Gaito. Torino: Utet, 2006

. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Vol. 28, 2005.

. IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè, 2013.

. LAI, Ho Hock. *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

. MACHADO, M.; AMPARO, T. (Coords). *Suspeita Fundada na Cor: Seletividade racial nas condenações por tráfico com provas obtidas em entradas ilegais em domicílios no Brasil*. Núcleo de Justiça Racial e Direito. FGV São Paulo. Maio de 2023. Disponível em: <
<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/fa5261af-4dc1-4a5d-af9e-343190e27b2b/content> >

. MENDES, Paulo de Sousa. *A Prova Penal e as Regras de Experiência*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. III, Org. Manual da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Souza. Coimbra: Universidade de Coimbra – BFDUC (*Studia Iuridica 100*)/Coimbra Editora, 2010.

. NICOLITTI, André e BARILLI, Raphael. *Standards de prova no Direito – debate sobre a súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. In Boletim do IBCCRIM, Ano 26, n. 302, jan. 2018.

. PALMA, Maria Fernanda. *Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva*. In I Congresso de Processo Penal. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2005.

. RAMOS, S. *et al.* Negro Trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elemento-suspeito_final-3.pdf.

. SAMPAIO, Denis. *A Valoração da Prova Penal. O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. 1ª. ed. Florianópolis: Ematis, 2022.

. SAMPAIO, Denis; OLIVEIRA, Lúcia Helena e SCHPREJER, Isabel. *Súmula 70 do TJ-RJ através do necessário olhar racial*. In <https://www.conjur.com.br/2024-mai-11/sumula-70-do-tj-rj-atraves-do-necessario-olhar-racial-parte-2/>

. THAMAN, Stephen C. *Reanchoring Evidence Law to Formal Rules: A Step toward Protecting the Innocent from Conviction for Capital Crimes?* In: *Visions of Justice*. Liber Amicorum Mirjan Damaska. Bruce Ackerman, Kai Ambos and Hrvejo Sikiric (ed.). Berlim: Duncker & Humblot, 2016.

. VIVES ANTÓN, Tomás. *El proceso penal de la presunción de inocência*. In: *Jornadas de Direito e Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

. ZUCKERMAN, Adrian e ROBERTS, Paul. *Criminal Evidence*. 2ª. ed. New York: Oxford University Press, 2010.