



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

FERNANDA FURTADO CALDAS

**CONTROLE DA ADMISSIBILIDADE E DA VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL
PRESTADA POR POLICIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL**

Salvador

2022

FERNANDA FURTADO CALDAS

**CONTROLE DA ADMISSIBILIDADE E DA VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL
PRESTADA POR POLICIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal da Bahia
como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Salvador

2022

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C145 Caldas, Fernanda Furtado
Controle da admissibilidade e da valoração da prova testemunhal prestada por policiais no Superior Tribunal de Justiça do Brasil / por Fernanda Furtado Caldas. – 2022.
129 f. : il. color. ; 30 cm.

Orientadora: Prof. ^a Dr. ^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2022.

1. Admissibilidade da prova (Direito). 2. Policiais. 3. Prova testemunhal (Processo Penal). 4. Testemunhas. 5. Juízes - Decisões. I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.06

FERNANDA FURTADO CALDAS

**CONTROLE DA ADMISSIBILIDADE E DA VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL
PRESTADA POR POLICIAIS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Aprovada em 03/11/2022.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Doutor pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Doutor pela Universidade de São Paulo
Universidade de São Paulo

Salvador

2022

AGRADECIMENTOS

Escrevo esses agradecimentos a poucos dias das eleições de 2022 e, de modo geral, percebo que me sinto muito pouco grata neste momento. Deveria estar sim grata porque sobrevivi à pandemia e em breve (espero) serei a primeira mulher mestre em minha família, mas isso é tanto e tão pouco ao mesmo tempo. Há dias de copo meio cheio e dias de copo meio vazio. Em uns e outros, sempre pude contar com os amigos, então é a eles que agradeço, primeiramente.

Obrigada aos amigos que dividiram comigo a jornada do mestrado na UFBA, com quem compartilhei angústias, dúvidas, textos, discussões e idas à biblioteca: Luiza Guimarães, Ana Luíza Nazário e Rafael Ázaro – essa jornada teria sido muito mais difícil sem vocês.

Obrigada a Murilo Arruda, com quem eu posso conversar sobre qualquer coisa, incluindo esta pesquisa, a qualquer hora do dia.

Obrigada Lize Borges, por me ensinar a celebrar as pequenas conquistas – com você os dias sempre são de copo meio cheio.

Agradeço também a Thiago Vieira e Danielle Albertazzi, que além de me oferecerem uma amizade preciosa, me auxiliaram de formas práticas, me ajudando a conseguir textos ou a lidar com o SmartArt do Word.

Agradeço a Vinícius Assumpção, com quem compartilhei um mix de discussões poéticas, acadêmicas e filosóficas que me ajudaram a chegar até aqui.

Obrigada à amiga Alessandra Prado. Por sorte tive sua amizade, muito além da orientação.

Agradeço também aos meus pais, Eliana e Carlos Alberto, que financiaram esta pesquisa (in)voluntariamente, pagando meu aluguel, luz, internet e todo o resto que precisei, quando precisei, mesmo sem entender as razões por detrás das minhas razões.

Obrigada à minha irmã Diana Caldas, que sempre assiste minha caminhada, seja ela qual for.

Agradeço por fim, ao meu companheiro Hugo, que lê toda bobagem que escrevo desde 2017, e acha que sou a melhor contadora de histórias do mundo, mesmo quando estou escrevendo sobre decisões judiciais – ou pelo menos é o que ele diz.

Se esqueci de alguém mais, peço que me perdoe. Foi um caminho muito mais longo do que imaginei, e a memória, como é dito neste trabalho, está bem longe de ser confiável.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo investigar como se dá a controlabilidade da valoração da prova testemunhal prestada por policiais no Superior Tribunal de Justiça. Partindo da perspectiva de uma epistemologia garantista, em que a admissibilidade e o valor probante de uma prova devem estar condicionados tanto pelo compromisso com a verdade quanto com os direitos e garantias previstos na Constituição, a presente pesquisa analisou acórdãos do STJ a partir de 2018, ano em que foi publicado o entendimento consolidado desse Tribunal sobre o tema da prova testemunhal prestada por policiais, até 1999. A seleção dos julgados deu-se com base nas decisões citadas no entendimento consolidado, e nas decisões citadas naquelas, retroativamente, incluindo até mesmo decisões do Supremo Tribunal Federal (até 1973) e de tribunais estaduais (até 1971). A análise retroativa dessas decisões demonstrou que o entendimento atual do STJ se formou a partir da fusão equivocada entre institutos e conceitos distintos: decisões que tratavam de admissibilidade foram citadas para defender a eficácia probatória dos depoimentos; decisões que tratavam de admissibilidade no APF foram citadas para defender a admissibilidade no processo; elementos de informação do inquérito policial foram tratados como prova; e a presunção de veracidade dos atos administrativos foi estendida à prova testemunhal penal prestada por policiais. Além disso, constatou-se ser frequente na amostra a insuficiência de motivação, quando a motivação não estava totalmente ausente, limitando-se à citação de ementas de julgados anteriores, do acórdão recorrido ou do parecer do Ministério Público, sem nenhuma argumentação própria do relator. A pesquisa também constatou ser unânime, na amostra, o uso da referência a jurisprudência sem o devido cotejo analítico entre o caso anterior e caso *sub judice*. Concluiu-se que o entendimento do STJ sobre o tema tem servido como parâmetro de controle da admissibilidade e da valoração da prova, bem como regra de decisão, ao estabelecer que os testemunhos prestados por policiais são suficientes para garantir uma condenação. Constitui, todavia, a materialização de um *standard* de provas não racional, que não se presta nem à busca da verdade nem à garantia dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: PROVA TESTEMUNHAL PRESTADA POR POLICIAIS. VALORAÇÃO DA PROVA. CONTROLABILIDADE. *STANDARD* PROBATÓRIO. PRECEDENTES.

ABSTRACT

This research aims to investigate how the evaluation of testimonial evidence provided by police officers in the Superior Tribunal de Justiça is controllable. From the perspective of a guaranteeist epistemology, in which the admissibility and probative value of evidence must be conditioned both by the commitment to the truth and to the rights and guarantees provided for in the Constitution, the present research analyzed STJ rulings from 2018 onwards, year in which the consolidated understanding of this Court was published on the subject of witness evidence provided by police, until 1999. The selection of the judges was based on the decisions cited in the consolidated understanding, and on the decisions cited in those, retroactively, including even decisions of the Supremo Tribunal Federal (until 1973) and state courts (until 1971). The retroactive analysis of these decisions showed that the current understanding of the STJ was formed from the mistaken merger between different institutes and concepts: decisions dealing with admissibility were cited to defend the probative efficacy of the depositions; decisions dealing with admissibility in the APF were cited to defend admissibility in the process; elements of information from the police investigation were treated as evidence; and the presumption of veracity of the administrative acts was extended to the criminal testimonial evidence provided by police officers. In addition, it was found to be frequent in the sample the lack of motivation, when the motivation was not totally absent, being limited to the citation of summaries of previous judgments, the appealed judgment, or the opinion of the Ministério Público, without any arguments of the rapporteur's own. The research also found that, in the sample, the use of the reference to jurisprudence without the due analytical comparison between the previous case and the sub judice case was unanimous. It was concluded that the STJ's understanding on the subject has served as a parameter to control both the evidence admissibility and the evidence evaluation, as well as a decision rule, by establishing that the testimonies given by police officers are sufficient to guarantee a conviction. It constitutes, however, the materialization of a non-rational standard of evidence, which does not lend itself either to the search for the truth or to the guarantee of fundamental rights.

KEY WORDS: TESTIMONIAL EVIDENCE GIVEN BY POLICE OFFICERS. PROOF VALUATION. CONTROLABILITY. PROBATORY STANDARD. PRECEDENTS.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

Ap. – Apelação

APF – Auto de Prisão em Flagrante

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

DJ – Diário de Justiça Eletrônico

HC – *Habeas corpus*

j. – julgado

MP – Ministério Público

PGR – Procuradoria Geral da República

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

Rex – Recurso Extraordinário

RHC – recurso em habeas corpus

RT – Revista dos Tribunais

RTJ – Revista Tribunal de Jurisprudência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO:

LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	10
1. A QUESTÃO PROBATÓRIA E A CONTROLABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	13
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS, GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LIMITES AO <i>JUS PUNIENDI</i>	14
1.2 LIMITES À BUSCA DA VERDADE: UMA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA	17
1.3 PROVAS: CONTROLABILIDADE DA VALORAÇÃO JUDICIAL	20
1.4 O USO DE JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES NA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	25
2. A PROVA TESTEMUNHAL PRESTADA POR POLICIAIS: ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	31
2.1 A VEDAÇÃO AO REEXAME DE PROVAS E A POSSIBILIDADE DA <i>REVALORAÇÃO PROBATÓRIA</i> OU CONTROLE DA VALORAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....	36
2.2 O CONTROLE DA VALORAÇÃO DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS NAS DECISÕES DO STJ	42
3. O QUE ENCONTRAMOS NO PASSADO: ANÁLISE DA FORMAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ.....	49
3.1 A BUSCA PELA ORIGEM DO PRECEDENTE NO STJ	52
3.1.1 Um desvio no caminho	63
3.2 A BUSCA PELA ORIGEM DO PRECEDENTE NO STF	67
3.2.1 Seguindo a trilha do STJ-REsp 162022/GO: da admissibilidade à suficiência probatória	69
3.2.2 Seguindo a trilha do STJ-HC 40162/MS: da admissibilidade à idoneidade	71
3.2.3 Seguindo a trilha do STJ-HC 13506/RJ: a influência dos tribunais estaduais na construção do entendimento dos tribunais superiores.....	83
4. O QUE NOS DIZEM OS DADOS.....	93
4.1 A FORÇA NORMATIVA DA JURISPRUDÊNCIA	103
4.2 AFINAL, OS JULGADOS DO STJ DEMONSTRAM SE HÁ CONTROLE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS <i>A QUO?</i>	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
APÊNDICE: FIGURAS REUNIDAS	122

INTRODUÇÃO

Entre 2016 e 2017, durante a graduação em Direito, tive a oportunidade de estagiar na Defensoria Pública do Estado da Bahia junto a uma das varas de tóxicos da comarca de Salvador. Não era nada jovem na época e, por isso, não posso me isentar pelo meu desconhecimento ou ingenuidade, apenas relatá-los. Já tinha no currículo uma graduação em Sociologia, uma pós-graduação, experiência profissional e de vida, mas nada disso me impediu de me surpreender com um fato recorrente nos processos que chegavam à defensora pública com quem trabalhei: as condenações eram, via de regra, amparadas exclusivamente nos depoimentos dos policiais militares que efetuaram o flagrante.

A minha surpresa e a constatação dizem, ambos, muita coisa. A surpresa denuncia meu local de fala. Sou uma mulher branca de classe média que nunca foi parada sequer numa blitz. Quanto à constatação de que as condenações por tráfico de drogas eram, via de regra, amparadas exclusivamente nos depoimentos dos policiais militares que efetuaram o flagrante, um olhar mais atento já intui diversas coisas: que há pouco trabalho de investigação nos casos de prisões por tráfico de drogas; que a polícia militar atua na investigação das prisões que efetua, quando não é esse o seu papel; que o grau de suficiência probatória exigido nesse tipo de crime é baixo, e que a palavra dos policiais é sobrevalorada epistemicamente pelos juízes.

Mas isso é intuição, e ciência não se faz com achismo. Dessa intuição, contudo, surgiu minha inquietação científica. Toda inquietação científica só pode surgir de uma outra inquietação de ordem política e moral. No meu caso, o receio de que inocentes estivessem sendo condenados por conta de uma presunção de veracidade atribuída aos depoimentos dos policiais foi o que gerou minha primeira necessidade de encontrar respostas para as perguntas que acompanham esse receio. São muitas perguntas possíveis, mas a minha, naquele momento, era se o Tribunal de Justiça da Bahia de fato atribuía presunção de veracidade a esses depoimentos e se, ao fazê-lo, violava o princípio da presunção da inocência. A resposta que encontrei para os dois questionamentos foi sim, e a pesquisa, além de ter embasado meu trabalho de conclusão de curso, transformou-se em um artigo¹ de autoria minha e da prof^a. Alessandra Prado, minha orientadora na época e também agora.

Passados quase cinco anos da conclusão daquela primeira pesquisa, trago, agora, outros dados e reflexões sobre o mesmo tema, frutos do aprofundamento dos estudos e da pesquisa

¹ CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020.

realizada ao longo do mestrado em Direito Público na Universidade Federal da Bahia. A pergunta a que me proponho responder, desta vez, assim como redigida em uma das várias versões do meu projeto de pesquisa, é: como se dá a controlabilidade da valoração da prova testemunhal prestada por policiais nos tribunais superiores do Brasil?

Em conversas informais, outros pesquisadores me disseram que a resposta é “não se dá”, e que por isso pesquisar o tema talvez fosse perda de tempo. Fato é que, embora a estudante de Direito tardia que fui não soubesse na época, é de conhecimento público e notório entre advogados, defensores e juristas que os tribunais superiores consideram os depoimentos policiais meio idôneo e suficiente para sustentar uma condenação, e que esse entendimento funciona como parâmetro de valoração da prova testemunhal prestada por esses agentes públicos, tanto no âmbito dos próprios tribunais superiores quanto na primeira e na segunda instância. Ou seja, existe controlabilidade, porém tudo indica que ela é baseada em um *standard* probatório não racional, materializado na jurisprudência desses tribunais, e que talvez tenha até mesmo a força de um precedente.

Partindo dessa hipótese, optei por realizar uma pesquisa documental, usando tanto técnicas qualitativas quanto quantitativas de análise de dados, tendo como objeto, inicialmente, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. A apresentação dos resultados dessa pesquisa, com seus contratempos e desvios, foi distribuída em quatro capítulos, cujo conteúdo explícito a seguir.

O primeiro capítulo deste trabalho, embora aqui apresentado como primeiro, foi escrito, em sua maior parte, após a pesquisa da jurisprudência. As tentativas de primeiro dar conta da teoria na qual eu amparava minhas hipóteses, sem de fato saber o que eu encontraria durante a pesquisa documental, se mostraram muitas vezes infrutíferas. Por isso acabei optando por voltar às minhas raízes sociológicas e dar conta primeiramente da jurisprudência pesquisada, só depois buscando os conceitos que melhor se adequassem à análise do material². O primeiro capítulo

² As metodologias de cunho indutivo são predominantes na Sociologia há muitas décadas. Na seara do Direito, em uma publicação de 2014, Ricardo Cappi sistematizou a TFD – Teorização fundamentada nos dados (Grounded Theory, apresentada por Glaser & Strauss em 1967), uma metodologia também de cunho indutivo e oriunda da Sociologia, para aplicá-la aos estudos empíricos em Direito. Embora esta dissertação não tenha se atido à TFD, que envolve uma série de etapas específicas de codificação dos dados empíricos, partiu sim da mesma premissa de “inversão da lógica tradicional da pesquisa hipotético-dedutiva: nesta, o quadro teórico é previamente construído ou adotado, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes sejam observados a partir daquele, isto é, para que a hipótese inicial seja, ou não confirmada. O resultado desta inversão proposta pela TFD é a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação. (...) não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma pré-leitura ‘teórica’ da realidade por parte do observador-pesquisador. Mais precisamente, trata-se de afirmar que a TFD renuncia ao intento de trabalhar por verificação de uma ou mais hipóteses preestabelecidas, a partir de um marco teórico dado. Ela visa, ao contrário, à geração de hipóteses, constituindo a criação de uma proposta teórica que, por sua vez, pode se

trata então desses conceitos-chave para a compreensão da pesquisa, e por isso mesmo vem antes dos demais.

No segundo capítulo deste trabalho, selecionei e analisei a jurisprudência do STJ, tendo como parâmetro o ano de 2019. O que encontrei, todavia, não foi suficiente para confirmar ou derrubar minha hipótese, já que, o tema da valoração da prova frequentemente esbarra na vedação ao reexame de provas em sede de recurso especial e também em sede de *habeas corpus*, devido à sua cognição sumária – o mesmo ocorrendo no STF, tendo os dois tribunais entendimento sumulado a respeito da vedação ao reexame de provas.

Por conta disso, redirecionei a pesquisa para buscar e analisar a formação do entendimento do STJ sobre a valoração dos depoimentos dos policiais, buscando retroativamente pela decisão primeira que consolidou o entendimento atual de que tais depoimentos seriam um meio idôneo e suficiente para sustentar uma condenação. É sobre essa busca e o que encontrei ao fim dela que trata o terceiro capítulo.

Finalmente, no quarto capítulo, aprofundo o tratamento dos resultados e a interpretação do material analisado no segundo e no terceiro capítulo, fazendo a confrontação entre as categorias encontradas nos dados e os conceitos-chave das teorias usadas como marco deste trabalho.

tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas já existentes”. (CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 1, n.1, Jan 2014. P.13-14).

1. A QUESTÃO PROBATÓRIA E A CONTROLABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

É preciso começar este capítulo esclarecendo de onde e por que parte a autora. Se na Introdução pretendi explicitar meu local de fala, aqui trago dois outros pontos importantes para a compreensão desta pesquisa e suas conclusões. O primeiro deles, mas nem por isso o mais importante, é a opção pelo uso da primeira pessoa do singular ao longo deste trabalho. Esta opção denuncia, ou pretende denunciar, que não acredito em neutralidade axiológica ou no uso de uma linguagem que tem como finalidade criar uma ficção de distância entre objeto e pesquisador. Pelo contrário, acho perigoso trabalhar com ficções quando se trata de Ciência, ainda que meramente semânticas. Além disso, acho importante pontuar, por motivos tanto pessoais quanto políticos, que esta pesquisa não foi realizada por uma equipe de pesquisadores com tempo, recursos e financiamento, como poderia parecer caso eu optasse por usar, por exemplo, o “nós”. Este trabalho foi realizado somente por mim, sem nenhum tipo de bolsa ou financiamento, utilizando recursos pessoais na medida das minhas possibilidades. Acredito ser importante ressaltar esta situação que é comum, pois ela evidencia a carência de recursos que atinge as ciências neste país, sobretudo as humanas.

O segundo ponto diz respeito aos possíveis motivos que levam um pesquisador a tentar compreender um objeto nas ciências sociais: ou se acredita que aquilo que se estuda pode melhorar ou ser ampliado/aplicado de maneira diversa, ou se acredita que aquilo que se estuda deve deixar de existir. Dentre os processualistas penais, os garantistas estariam entre os primeiros, e os abolicionistas entre os segundos. Optar por uma perspectiva garantista seria o mesmo que dizer que o exercício do poder punitivo estatal é legítimo em determinadas circunstâncias, e que é possível alcançá-las por meio do processo penal. Se, para os que produzem conhecimento a partir desse paradigma, o abolicionismo penal parece uma utopia desnecessária, para os abolicionistas, acreditar que é possível que algum dia o processo penal consiga revestir o *jus puniendi* de legitimidade parece tanto uma utopia quanto um contrassenso.

Penso que estou cada vez mais próxima dos abolicionistas, mas devo esclarecer que, neste trabalho, não pretendo analisar os argumentos favoráveis a uma ou outra perspectiva, mas tão somente constatar se as garantias constitucionais, enquanto materialização dos princípios limitadores à aplicação do direito penal propostos por Ferrajoli³ em seu modelo penal ideal, orientado pela maximização da liberdade do indivíduo e pela minimização do arbítrio estatal,

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

estão sendo aplicadas no processo penal hoje, no tocante ao objeto desta pesquisa. Ou seja, se o sistema vem cumprindo as condições que, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, impôs a si mesmo. Se a existência dessas condições é capaz de garantir legitimidade ao processo penal, como pretendia Ferrajoli bem como muitos outros autores citados ao longo deste trabalho, é algo que não pretendo discutir aqui, embora eu particularmente acredite cada vez mais que não. Uma perspectiva garantista do processo penal me parece hoje muito mais um meio para um fim, uma estratégia de redução de danos, do que um fim em si mesmo.

Dito isso, é preciso esclarecer as chaves de leitura ou conceitos-chaves utilizados neste trabalho e necessários para compreendê-lo. Todos os conceitos aqui explanados dizem respeito, direta ou indiretamente, à seara probatória e à controlabilidade das decisões judiciais.

1.1 Direitos fundamentais, garantias constitucionais e limites ao *jus puniendi*

Partindo da perspectiva de que o processo penal funcionaria como um instrumento de legitimidade da punição estatal, é preciso estabelecer em quais condições essa instrumentalização seria capaz de garantir a legitimidade como resultado. Se a legitimidade do Estado Democrático de Direito depende de que a atuação estatal seja regida por princípios capazes de garantir os direitos fundamentais, não poderia ser diferente no caso do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Esses princípios estão materializados na Constituição, limitando e vinculando o poder estatal como meio para efetivar os direitos e garantias ali propostos.

Segundo Ferrajoli, na perspectiva da teoria do direito, os direitos fundamentais são aqueles titularizados universalmente por todos enquanto pessoas, tratando-se de direitos inalienáveis e indisponíveis, como a liberdade. Já na perspectiva da filosofia política, direitos fundamentais são aqueles que visam proteger os mais vulneráveis. Ao exercer seu papel de titular do *jus puniendi*, portanto, o Estado Democrático de Direito deve ater-se aos princípios que visam garantir o respeito a esses direitos, conciliando as duas perspectivas.⁴

Nesse sentido, a Constituição deve funcionar como um sistema de limites e vínculos ao poder estatal. Ademais, tais limites devem possuir caráter substancial, a fim de escapar de uma aceção exclusivamente formal ou procedimental da democracia, o que poderia legitimar qualquer tipo de abuso. A fim de se preservar uma dimensão substancial da democracia, devem ser garantidos os direitos fundamentais, que, são normas substanciais sobre a produção de outras normas, disciplinando não a forma, mas o conteúdo das normas produzidas,

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008. P. 43-44.

condicionando sua validade ao preenchimento das expectativas formuladas pelos próprios direitos fundamentais.⁵

O princípio da proteção à dignidade da pessoa humana seria um dos fundamentos do Estado democrático, pois a condição de existência e de validade da ordem jurídica democrática assentar-se-ia no processo de atribuir a cada ser humano a qualificação de indivíduo dotado de liberdade e consciência crítica de si mesmo. Nesse sentido, o princípio da liberdade, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88, seria uma das maiores expressões da dignidade da pessoa humana, a partir do qual se pode conceber a construção do princípio do estado ou presunção de inocência, sendo esse o mais importante princípio constitucional com aplicação específica para o processo penal.⁶

O princípio da presunção ou estado de inocência ou, ainda, da não culpabilidade, está positivado no art. 5º, LVII da CR, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário, estabelece, em seu artigo 11.1, que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Outrossim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, com vigência estabelecida no país por força do decreto nº 678/92, prevê em seu artigo 8º, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa”.

Para Ferrajoli, o princípio da presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas uma garantia de segurança e de defesa dos cidadãos contra o arbítrio punitivo. Deve-se ter em mente que, para o autor, o direito penal tem por fim não só a punição dos culpados, mas também a tutela dos inocentes. Por isso, a desconfiança e o temor dos cidadãos em relação à justiça seriam sinais de perda de legitimidade política da jurisdição. O Estado que viola o princípio da presunção da inocência sistematicamente, de forma institucional, optando por condenar inocentes, conseqüentemente, careceria de legitimidade.⁷

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008. P. 80.

⁶ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016. P. 48-49.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O autor também entende que o princípio da presunção da inocência é um corolário lógico do princípio de submissão à jurisdição, sendo a jurisdição a atividade necessária para obter a prova de que um indivíduo tenha cometido um crime. O princípio de submissão à jurisdição exige que não haja culpa sem juízo e que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação, postulando a presunção de inocência do acusado até que se prove o contrário. “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”.⁸

O princípio do devido processo legal, por sua vez, norteia a jurisdição. Segundo Duclerc, esse princípio decorre tanto do princípio do estado de inocência quanto do princípio da proteção à liberdade, de modo, que a situação natural de liberdade de uma pessoa só pode ser modificada em caso de sentença penal condenatória precedida de processo judicial.⁹

Além disso, a fim de garantir uma proteção aos direitos fundamentais tanto nas suas dimensões processuais quanto nas substantivas, o processo judicial deve não só ter seus trâmites previstos com anterioridade na lei, mas também ser necessariamente um processo de tipo acusatório, em que a persecução penal é uma atividade pública, embora separada da função de julgar, a fim de preservar a imparcialidade do juiz. Ademais deve ser assegurado às partes a faculdade de contraditar todos os argumentos e elementos trazidos pela parte contrária. Essa participação no processo, contudo, deve ocorrer em igualdade de condições. Além disso, a fim de assegurar que ninguém seja condenado por falta de oportunidades reais de defesa, devem ser disponibilizados ao acusado todos os meios possíveis de oposição à pretensão punitiva do Estado, ressaltando-se que “a defesa pode ser realizada não apenas por ações comissivas, mas também por omissões do acusado”.¹⁰

Nessa mesma perspectiva, Badaró afirma que o devido processo legal não pode se concretizar sem que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório, em paridade de armas com a acusação.¹¹ Nesse sentido, o art. 5º, LV da CF/88 estatui que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Para Ferrajoli, o direito de defesa e o contraditório constituem a principal condição epistemológica da prova, de forma que uma prova

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 505-506.

⁹ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016. P. 58.

¹⁰ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016. P. 63-64.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 22.

só é adequada para sustentar uma condenação se forem infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas.¹²

Dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, por sua vez, depreende-se o direito à prova, previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹³ Sendo a prova a única fonte de conhecimento para o julgador, a inobservância do direito das partes de produzi-la representaria a negação da própria ação e da defesa para a jurisdição.¹⁴

Para Ferrajoli, aquele que nega a inocência deve fornecer prova em contrário. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo axioma *nulla accusatio sine probatione*. Assim, no âmbito da disciplina jurídica da prova, decorre do princípio da presunção de inocência a atribuição do ônus da prova integralmente à acusação¹⁵. Dessa atribuição do ônus acusatório, por sua vez, deriva o chamado princípio do *in dubio pro reo*, ou princípio do favor rei, segundo o qual, no conflito entre provas, umas sinalizando em favor da tese acusatória, outras em seu desfavor, deve o juiz considerar a tese como não provada.¹⁶

Para Lopes Jr., o princípio da presunção da inocência exige que a prova completa da culpabilidade seja uma carga da acusação, impondo um verdadeiro dever de tratamento do réu como inocente, devendo a dúvida quanto a sua culpabilidade conduzir à absolvição. Não caberia ao acusado provar absolutamente nada, visto que presumidamente inocente, devendo a acusação destruir essa presunção¹⁷, embora esse não seja o entendimento que se vê usualmente na prática.

1.2 Limites à busca da verdade: uma epistemologia garantista

Na perspectiva garantista, observar os princípios constitucionais e as regras legais é uma condição para a legitimidade da punição estatal, daí a importância de o processo penal ater-se a esses princípios e regras, respeitando o devido processo legal. Todavia, como Badaró afirma,

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 564.

¹³ Gustavo Badaró (*Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 43, nota de rodapé 71.) ressalta que, embora ambos os instrumentos façam referência expressa somente à prova testemunhal em seus artigos 14.3.e e 8.2.f, respectivamente, prevalece o entendimento de que seu âmbito de proteção se estende ao direito à prova de qualquer natureza, e não apenas à prova oral.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 41.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 562.

¹⁶ DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016. P. 53.

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

essa condição é necessária, porém não suficiente para uma decisão justa, pois há outras variáveis em questão. Além do respeito ao devido processo legal, uma decisão justa exige que haja também uma correta atividade epistêmica, para lidar com a questão dos fatos a serem conhecidos, e uma adequada atividade hermenêutica que resulte na correta aplicação da lei. Em suma, uma decisão justa não prescinde da verdade, porém também não prescinde do respeito aos limites legais e constitucionais a que o processo está sujeito e que, ao afetarem a admissão e a produção da prova, terminam por limitar o próprio conhecimento da verdade.¹⁸ Nas palavras de Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.¹⁹

Para além das limitações impostas pelos princípios constitucionais e pelas regras legais, o conhecimento sobre a verdade absoluta de um fato é algo inatingível, devido à própria condição humana. Dentro do processo judicial, essa afirmação é ainda mais pertinente. Isso porque a cognição jurisdicional só permite valorar as afirmações sobre um determinado fato, não o fato em si, cuja questão da existência ou não se encontra em outro campo do conhecimento. Assim, o que se busca no processo judicial não é um conhecimento absoluto da verdade, mas um conhecimento relativo, que se aproxime o tanto quanto possível da verdade²⁰.

Como afirma Badaró²¹, a epistemologia contemporânea assume que até mesmo a ciência está privada de certeza. Ainda assim, é a pretensão da busca pela verdade que orienta o processo. Afinal, ainda que se respeitem todas as garantias processuais necessárias, uma decisão descolada da verdade não pode ser justa, não importa o quão acertada possa parecer do ponto de vista jurídico.²² É preciso, então, que a responsabilidade judicial seja condicionada por regras não só jurídicas, mas também epistemológicas, de forma que a decisão se ampare numa qualidade de verdade que seja suficiente para legitimá-la.²³

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 18-21

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 48.

²⁰ Note-se que o que pode ser relativizado é o conhecimento da verdade, não a verdade, que é sempre categórica. O conhecimento é que assume graus e encontra-se limitado pelo contexto, não sendo cabível falar em verdade relativa, aproximativa ou possível, mas sim em conhecimento relativo, possível ou aproximado da verdade. O uso do termo “verdade relativa” como sinônimo de “conhecimento relativo da verdade” aparece, porém, por exemplo, em DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V.2. ed. 14. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 55-60.

²¹ BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr. 2018, p. 51.

²² TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.

²³ PRADO, Geraldo. Verdad, certeza y duda: las cuestiones em torno de la cadena de custodia de las pruebas em el proceso penal. In: PRADO, Geraldo; GRADOS, G. A.; MAYA, R. P.; PEDROZA, A. F. D.; LOPEZ, R. M.;

Não obstante o conhecimento possível da verdade seja sempre relativo, o julgador não pode eximir-se de decidir. Para isso prestam-se as provas, que, como afirma Carnelutti, “são os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar”²⁴. A prova possui, portanto, uma função instrumental, sendo tão somente por meio dela que o julgador pode conhecer os fatos em questão.²⁵

No mesmo sentido, Ferrer Beltrán²⁶ entende que o objetivo institucional da prova no processo judicial é a averiguação da verdade. Todavia, Beltrán²⁷ esclarece que, embora a averiguação da verdade seja um objetivo fundamental da atividade probatória no processo judicial, não é seu único objetivo. De fato, o autor sustenta que a regulação jurídica da prova impõe exceções às regras de epistemologia geral em favor da proteção de outros valores que não a busca pela verdade.

Nas palavras de Janaina Matida, “se bem é certo que o direito tem um compromisso com a busca pela verdade dos fatos, também é certo que esse não é o único compromisso assumido pelo direito.”²⁸. Há casos em que, na determinação dos fatos, opta-se voluntariamente por dar prioridade a um objetivo diferente da busca da verdade, por razões de caráter político-

BURGOS, E. A.; RIOS, M. P.; ROXIN, C.; HALLING, J.; ZULUAGA, J. *Perspectivas y retos del proceso penal*. V. 1. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana UPB, 2015.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. BRUNO, Francisco Galvão (trad.). Vol. 1. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 275-276.

²⁵ Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (*Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V.2. ed. 14. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 60-62), há basicamente três teorias que explicam a finalidade da prova: a primeira vê como finalidade da prova o estabelecimento da verdade; a segunda sustenta que a finalidade é fixar formalmente os fatos postos no processo (teoria vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas); e a última entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do julgador. Didier Jr., Braga e Oliveira filiam-se à essa última teoria, acrescentando ao convencimento do julgador o convencimento das partes. Essa opção dá-se, segundo os autores, em função da concepção de que o conhecimento absoluto da verdade é impossível. A limitação epistêmica do conhecimento da verdade, todavia, não impede que autores como Jordi Ferrer Beltrán e estudiosos da epistemologia judiciária no Brasil estabeleçam como finalidade da prova a averiguação da verdade, por entenderem que estabelecer como finalidade da prova o convencimento do juiz resultaria em decisões judiciais não objetivamente controláveis e possivelmente arbitrárias. Ramos (*Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 19), por exemplo, defende a adoção de um modelo de direito probatório em que a prova seja um meio para obtenção de um fim, a verdade, possuindo uma função instrumental. Para ele, caberia ao direito estabelecer procedimentos probatórios que diminuam a possibilidade de que uma decisão não corresponda à verdade dos fatos, realizando um corte epistêmico. Aqui, a qualidade da prova deixa de ser ocasional e torna-se o objetivo do procedimento probatório. A busca da verdade passa a ser, então, um standard externo de correção, de forma que a suficiência da prova será estabelecida de forma objetiva, independente da convicção do juiz. Assim, o cerne do procedimento probatório deixa de ser o convencimento do julgador e passa a ser a busca pela verdade.

²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

²⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 31.

²⁸ MATIDA, Janaina Roland. *Em defesa de um conceito jurídico de presunção*. Tese de doutorado (Direito). Orientador: Jordi Ferrer Beltrán. Co-orientador: Carmen Vázquez. Girona, 2018, p. 229.

moral. Esse seria o caso da regra da “presunção da inocência”. Segundo Matida²⁹, tomar como verdadeira a hipótese de inocência do acusado não tem como objetivo fazer com que a decisão judicial se aproxime da realidade objetiva, mas sim reflete a opção por priorizar a absolvição de culpados à condenação de inocentes, diante da inevitabilidade de se produzir decisões judiciais errôneas.

Tem-se, então, que, embora a atividade probatória vise aproximar-se o máximo possível da realidade, outras questões também devem ser levadas em conta para que uma decisão seja considerada justa, sob o risco de que, a busca desmedida pela verdade esbarre na própria dignidade humana.

Por isso, por exemplo, o direito à prova não implica o direito à admissão de todas as provas requeridas pelas partes. É preciso tutelar outros valores, ainda que se coloque em risco a descoberta da verdade. As provas obtidas em violação a esses valores, ainda que relevantes e pertinentes para a reconstrução dos fatos, não podem ser admitidas, pois a verdade não é um fim a ser buscado a qualquer preço³⁰.

1.3 Provas: controlabilidade da valoração judicial

As provas são os meios através dos quais se faz a reconstrução de um determinado fato passado para fins de conhecimento no contexto do processo judicial. Como corolário do contraditório e da ampla defesa, o direito à prova implica no direito das partes a utilizar todas as provas de que dispõem para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a sua pretensão. Todavia, o exercício desse direito esbarra, por vezes, em outros direitos fundamentais, o que termina por restringir sua admissibilidade no processo.

Com base no artigo 369 do Código de Processo Civil vigente, são admissíveis no processo os meios de prova legais e os moralmente legítimos, ainda que não especificados no ordenamento jurídico. Todavia, o artigo 157 do Código de Processo Penal determina serem inadmissíveis as provas obtidas em violação às normas constitucionais e legais, considerando-as ilícitas³¹. Igualmente, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

²⁹ MATIDA, Janaina Roland. *Em defesa de um conceito jurídico de presunção*. Tese de doutorado (Direito). Orientador: Jordi Ferrer Beltrán. Co-orientador: Carmen Vázquez. Girona, 2018, p. 234.

³⁰ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. Em: José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (Coords.), *Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

³¹ O gênero prova ilegal abarca tanto as provas ilegítimas quanto as provas ilícitas. A prova é ilegítima ocorre quando há ofensa à lei processual, como as obtidas com violação ao disposto nos artigos 207 c/c 210 c/c 226 c/c § 2º do artigo 243 do Código de Processo Penal. Nesse caso, a prova é ilegítima porque foi ilegalmente produzida.

Uma vez admissíveis, às provas podem ser atribuídas diferentes valores ou níveis de força probante, cabendo essa atribuição à legislação ou ao próprio julgador, de acordo com o sistema adotado em cada ordenamento³². O valor ou força probante atribuído a uma prova determina sua eficácia probatória.

A legislação brasileira não define de que forma deve se desenvolver a valoração da prova, permitindo, via de regra, que o julgador atribua às provas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com o caso concreto. De fato, no Código de Processo Penal vigente, o artigo 155 estabelece meramente que o juiz deve formar sua convicção pela “livre apreciação da prova”. O antigo Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 131, também mencionava que o juiz deveria mensurar livremente a prova. Já, o Código de Processo Civil de 2015 aboliu o termo “livre”, fazendo constar em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, mas ainda sem especificar como deve ser feita essa apreciação.

Essa valoração, todavia, embora “livre” deve ser fundamentada, ou seja, o julgador deve justificá-la – é o sistema de “convencimento motivado” ou “persuasão racional”³³. Essa obrigatoriedade de justificação tem como propósito permitir o controle da racionalidade da decisão, a fim de evitar decisões arbitrárias, e está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, que trata da fundamentação das decisões judiciais.

Já quando a ofensa for a uma norma ou princípio de natureza material, como é o caso dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República, a prova é ilícita, pois ilicitamente colhida. Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover (Liberdades públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas, São Paulo: Saraiva, 1976, p. 98-99); Paulo Rangel (Direito Processual Penal. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. P. 476-477); dentre outros.

³² Em relação à limitação da eficácia probatória pela legislação, uma questão relevante para este trabalho diz respeito aos elementos de informação produzidos no âmbito do inquérito policial. Aqui adoto a perspectiva de Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 160-167), para quem o inquérito policial, graças à sua estrutura tipicamente inquisitiva, somente gera atos de investigação, não atos de prova, excetuando-se a hipótese de produção antecipada de provas, em que a estrutura dialética do processo é aplicada à fase pré-processual. Logo, por conta da não exigência de estrita observância às garantias constitucionais, incluindo a garantia da jurisdição, os atos de investigação produzem elementos de valor meramente informativo que, para serem valorados na sentença, devem ser necessariamente repetidos na fase processual, pois sua eficácia probatória é limitada à fase pré-processual, exaurindo-se com a admissão da denúncia. Todavia, não obstante sua limitada eficácia probatória, a legislação infraconstitucional, graças à redação do artigo 155 do CPP, abre uma brecha para que os elementos de informação do inquérito policial sirvam ao juízo de convencimento, desde que considerados em conjunto com os elementos de prova do processo, o que violaria a garantia da jurisdição e do contraditório. Segundo o referido artigo, “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”.

³³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarmo; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V.2. ed. 14. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 123-124.

A motivação das decisões é, portanto, um direito fundamental que, ao permitir o conhecimento das razões de decidir às partes, garante não só o controle sobre o respeito a outros direitos fundamentais, mas também um controle epistêmico da decisão. O controle das decisões, por sua vez, é exercido graças à garantia ao duplo grau de jurisdição, o direito ao recurso, que possibilita um reexame da valoração da prova exercida pelo primeiro julgador. Esse direito decorre do direito ao devido processo legal e está previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8.2.h.

Para Badaró, o vazio deixado pelo livre convencimento deve ser preenchido pela epistemologia, capaz de fornecer um método adequado de valoração racional da prova a fim de garantir tanto um melhor conhecimento da verdade quanto permitir um controle intersubjetivo das decisões.³⁴ Valorar, como explica o autor, “consiste em julgar o apoio empírico que um conjunto de provas dá a uma hipótese fática, de acordo com critérios gerais da lógica e da racionalidade”, a fim de verificar se essa hipótese foi ou não provada³⁵. Essa atividade exige que o juiz analise todas as provas, tanto as que dão suporte à hipótese levantada pela parte quando as que poderiam refutá-la. Em relação a cada afirmação de fato que precisa ser provada, havendo coincidência entre o resultado da prova e a afirmação probatória, considera-se a afirmação provada.³⁶

Após a etapa da valoração, o juiz ainda terá que decidir qual hipótese fática apresentada pelas partes pode ser considerada provada ou não. Isso porque, embora o resultado racionalmente aceitável seja optar pela hipótese com maior probabilidade de ser verdadeira, no momento da decisão é necessário se ater às regras que determinam o grau de suficiência da prova exigido para uma condenação. No contexto do processo penal, por exemplo, em que o grau de suficiência probatória exigido para uma condenação deve levar em consideração tanto o princípio da presunção da inocência quanto o ônus probatório que recai sobre a acusação, se houver uma probabilidade de que a versão fática defensiva seja verdadeira, ainda que essa

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 214.

O modelo considerado adequado pelo autor, bem como por Ferrer-Beltrán (*Valoração racional da prova*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. P. 172-198.), é a probabilidade indutiva nos moldes expostos por Cohen, que se fundamenta no grau de corroboração de uma determinada hipótese, que aumenta à medida que são confirmadas as provas com a qual a hipótese possui nexos causal ou lógico, prevalecendo a hipótese com maior probabilidade de ser verdadeira. (*Epistemologia judiciária e prova penal*. P. 224-227)

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 200.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 201-203.

probabilidade seja menor do que a probabilidade de a versão acusatória ser verdadeira, esse grau de probabilidade deve ser considerado suficiente, prevalecendo a hipótese defensiva.³⁷

O grau de suficiência probatória exigido para uma condenação é o que se conhece por *standard probatório*. Em outras palavras, um *standard* de prova é uma regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada. O *standard* deve ser capaz de estabelecer qual é o grau de justificação suficiente para aceitar uma hipótese como verdadeira, bem como definir critérios objetivos que indiquem se esse grau de justificação foi alcançado. O *standard*, assim, serviria tanto de guia para o juiz em relação à sua decisão sobre as provas como serve ao posterior controle objetivo dessa mesma decisão, de forma que uma pessoa distinta do julgador possa compreender sua motivação.³⁸

Um *standard* pode ser estabelecido tanto por parâmetros jurisprudenciais como mediante a aplicação de critérios definidos em lei.³⁹ No contexto do processo penal, o *standard* de prova usado recorrentemente nas tradições jurídicas do *commom law* é o BARD (“*beyond a reasonable doubt*”, ou “para além de qualquer dúvida razoável”). Já nas tradições jurídicas do direito romano-germânico, usa-se a íntima convicção. Para Ferrer-Beltrán⁴⁰, nenhum deles funciona como um critério racional de decisão sobre a prova, sendo questionável que sequer mereçam a denominação de *standards* de prova.⁴¹

Na íntima convicção, basta que a produção da prova leve à convicção firme do julgador em relação à materialidade e à autoria do fato. Essa concepção estabelece uma conexão entre a crença do julgador sobre um fato e a prova desse mesmo fato, o que coloca o julgador na posição de sujeito infalível em relação à determinação dos fatos. Além disso, um *standard* fundado nas crenças subjetivas do julgador torna sua aplicação insuscetível ao controle externo, devido ao seu caráter subjetivo.⁴²

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 224-227.

³⁸ SOUSA, Luis Filipe Pires de. *O standard probatório no processo civil e no processo penal*. Tribunal da Relação de Lisboa. 2017, p. 01.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 237.

⁴⁰ FERRER, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 206-209.

⁴¹ Também não constitui um *standard* a presunção da inocência. Trata-se de regra de juízo, uma vez que estabelece “unicamente que em caso de dúvida se presume a inocência do acusado, mas não implica qualquer *standard* de prova específico”, sendo “compatível com *standards* de prova diferentes, que expressem diferentes níveis de exigência probatória”. (FERRER, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P 208, nota de rodapé 129.)

⁴² FERRER, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 206-207.

Já o BARD pressupõe que a hipótese da acusação seja confirmada ou corroborada “para além de qualquer dúvida razoável”, admitindo-se que o julgador tenha dúvidas sobre a hipótese provada, desde que essas dúvidas não sejam razoáveis. Todavia, embora a admissão da possibilidade de dúvida afaste a exigência de certeza decorrente da crença subjetiva pressuposta no modelo da íntima convicção, Ferrer-Beltrán argumenta que permanece o problema: não há critério de racionalidade da dúvida e, conseqüentemente, não há um nível objetivo de suficiência da prova que possa ser intersubjetivamente controlável.⁴³

Estabelecer critérios claros sobre como deve ser valorada a prova, bem como sobre qual *standard* probatório dever ser adotado, é, portanto, fundamental para reduzir a subjetividade que perpassa o processo decisório ao mínimo e evitar arbitrariedades. Com critérios claros pré-estabelecidos, o julgador vincula-se a um parâmetro racional e verificável ao motivar suas decisões, permitindo o controle intersubjetivo das mesmas.

Além disso, para Badaró, definir um *standard* de prova perpassa não somente uma escolha racional. Ao se optar por um *standard*, ou definir uma regra de julgamento sobre a quem pesará o ônus da prova, faz-se também uma escolha de valores que implicam a preferência pelo atingimento de determinados objetivos. Um *standard* probatório elevado atrelado à atribuição do ônus probatório ao acusador, por exemplo, dificulta condenações, favorecendo a liberdade dos acusados e diminuindo o risco de punir inocentes. Já o mesmo *standard* atrelado à atribuição do ônus da prova ao acusado, dificulta a absolvição.⁴⁴

Nesse sentido, Janaina Matida⁴⁵, ao tratar especificamente do processo penal, distingue dois tipos de preocupações que devem ser levadas em consideração na definição de um *standard* de prova. A primeira preocupação se daria numa perspectiva epistemológica e teria como objetivo a redução de erros em geral, tendo em vista um comprometimento com a busca pela verdade. Uma segunda preocupação, que deve ser somada à primeira, se daria numa perspectiva moral ou política, na qual se pretende reduzir uma classe de erros específicos com maior intensidade do que outra, ou seja, reduzir a condenação de inocentes com maior intensidade do que reduzir a absolvição de culpados. Aqui o objetivo abarca uma distribuição assimétrica entre

⁴³ FERRER, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 207-209.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 237-238.

⁴⁵ MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção*. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (org.). *Arquivos da Resistência: Ensaio e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 99-100.

essas duas classes de erros, elevando-se o *standard* de prova para dificultar as condenações em geral, reduzindo, conseqüentemente, a condenação de inocentes.

Matida⁴⁶ parte da premissa de que a sociedade brasileira tenha esse interesse político-moral de diminuir os riscos de que inocentes venham a ser condenados, de forma que faria sentido a adoção de um *standard* de prova penal mais exigente, a fim de dificultar essas condenações. Dessa forma, não seria viável repartir igualmente os riscos de condenações e absolvições injustas, ao contrário do que ocorre no âmbito civil, onde pode fazer sentido que as partes repartam igualmente o risco de decisões injustas.

Diferentes tipos de litígio exigem diferentes *standards* de prova, que devem ser estabelecidos conforme a valoração atribuída ao impacto negativo de uma possível decisão injusta.⁴⁷ Quanto maior for a proteção destinada ao bem jurídico afetado pela decisão, maior também deve ser a proteção imposta pelo critério da suficiência da prova, de forma que o *standard* de prova deve variar em função dos bens e direitos que estão em jogo.⁴⁸ No caso do processo penal, em que uma decisão condenatória pode resultar na perda da liberdade do réu, parte-se da premissa de que, por motivos éticos, seria preferível absolver muitos culpados a condenar um inocente. Assim, no processo penal, o que se deve buscar não é simplesmente minimizar a quantidade de erros em geral, mas evitar um tipo de erro específico, que seria a condenação injusta.⁴⁹

1.4 O uso de jurisprudência e precedentes na motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional cuja ausência ou insuficiência deve conduzir à nulidade do julgado. A relevância dessa garantia se dá por sua finalidade de controle da decisão, tanto de forma endoprocessual, tendo como destinatários as

⁴⁶ MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (org.). *Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 96.

⁴⁷ COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 367.

⁴⁸ SOUSA, Luis Filipe Pires de. *O standard probatório no processo civil e no processo penal*. Tribunal da Relação de Lisboa. 2017, p. 12-13.

⁴⁹ COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 367-368.

partes e os juízes, quanto de forma extraprocessual, tendo como destinatário a sociedade em geral, visando a um controle democrático da atividade jurisdicional.⁵⁰

No contexto da prova testemunhal prestada por policiais, é comum que os julgadores façam referência à jurisprudência em suas decisões. Ao analisar sentenças de tráfico de drogas em diversos tribunais estaduais do país, por exemplo, Marcelo Semer concluiu que não só as referências jurisprudenciais aparecem com muito mais frequência nas fundamentações do que referências à doutrina, como também que o principal tema suscitado nas referências era o da validade do depoimento policial. Essa jurisprudência referenciada se assentaria na tese de que os depoimentos dos policiais, além de isentos, seriam dotados de “especial eficácia probatória”⁵¹.⁵²

Esses achados estão em consonância com o que foi encontrado nos tribunais superiores na pesquisa efetuada neste trabalho, como será demonstrado adiante, por isso é fundamental entender em que medida essas referências à jurisprudência atendem à garantia das motivações judiciais. Além disso, é preciso compreender se essa jurisprudência é citada apenas como exemplo ou com força de precedente, bem como se sua força é vinculante em relação aos julgados sucessivos. Essas análises demandam uma melhor compreensão dos conceitos oriundos da teoria dos precedentes.

No tocante à garantia das motivações judiciais, a referência à jurisprudência pode até mesmo constituir um caso de ausência de motivação, como é o caso da motivação *per relationem*. Nesse tipo de motivação, para compreender as razões da decisão é necessário levar em conta também outros pronunciamentos aos quais aquele julgado se refere, como outros julgados, pareceres do Ministério Público ou a própria decisão impugnada. Nos casos em que se faz remissão à jurisprudência sobre a matéria de que trata a argumentação, não há vício ou ausência de motivação no julgado desde que o julgador, na exposição de suas razões de decidir, tenha examinado e utilizado argumentos próprios para fundamentar sua decisão, valendo-se da invocação da jurisprudência apenas como *obiter dictum*⁵³. A impossibilidade de usar a simples

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, 2002. P. 123-126.

⁵¹ A eficácia probatória dos depoimentos prestados por policiais será tratada adiante, no capítulo 2. O tema já foi discutido em pesquisa anterior, mencionada na introdução deste trabalho e publicada em forma de artigo em 2020 (CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020).

⁵² SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 278-279.

⁵³ *Ratio decidendi*, é a regra de direito posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso. Já *obiter dictum* são todas as afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que,

referência à jurisprudência como motivação dá-se devido ao fato de essa referência não permitir a análise da adequação do julgado invocado ao caso concreto, visto que não há como se confirmar se os fatos em ambos os casos são equivalentes.⁵⁴

De fato, quando estamos tratando especificamente de precedentes judiciais, a correta aplicação dos mesmos envolve precisamente a análise da adequação do julgado anterior à situação fática do caso que está sendo analisado, de forma que seria impossível aplicar um precedente sem que se conheça os fatos de ambos os casos. A aplicação de um precedente exige necessariamente que a *ratio decidendi* originária seja compatível com o novo caso. Caso existam diferenças suficientes entre os fatos de cada caso para afastar a aplicação do precedente invocado, cabe ao magistrado criar uma nova *ratio decidendi* adequada à nova situação.⁵⁵

Todavia, nos países que adotam o sistema de *civil law*, como é o caso do Brasil, é comum que a referência à jurisprudência seja feita sem que se conheça os fatos ou até mesmo o inteiro teor da decisão aplicada no caso anterior. Como explica Peixoto ao pontuar as diferenças na aplicação e formação dos precedentes entre os países que adotam o *commom law* e o *civil law*, enquanto nos primeiros há “um cuidado na análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e do caso concreto em discussão, no *civil law*, a tendência é que o jurista busque apenas as conclusões do julgado, a regra geral, ignorando as particularidades fáticas”.⁵⁶

Nesse caso, não se aplica as razões de decidir de um caso ao outro, havendo apenas a citação a título de exemplo⁵⁷ de trechos de outro julgado, sendo que muitas vezes esses trechos tratam do *obiter dictum* desse julgado, sequer fazendo parte da *ratio decidendi* da decisão invocada. Esse uso não constituiria ausência de motivação, desde que, como já mencionado, o julgador demonstre na fundamentação da sua decisão as razões que o levaram a atribuir uma

mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte do fundamento jurídico da decisão. (TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 139, Set/2021. P. 04.)

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, 2002. P. 135-138.

⁵⁵ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (inconsistente *distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015. P. 331-335.

⁵⁶ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (inconsistente *distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015. P. 331-335.

⁵⁷ O exemplo, apesar de ser objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, não possui a mesma eficácia persuasiva que um precedente, não indicando, portanto, o critério de decisão a ser seguido, mas apenas exemplificando como a norma foi aplicada em determinado caso, seja para decidir em conformidade, seja para argumentar que tal exemplo não deve ser seguido. Como explica Taruffo, “O exemplo pode desempenhar alguma função persuasiva e é por esta razão que vem usado, mas não desenvolve uma função propriamente justificativa e, por isso, não tem eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo”. (TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021. P. 144.)

determinada eficácia a cada meio de prova, bem como os critérios utilizados para optar por uma ou outra hipótese dentre as levantadas pelas partes. Não havendo essa demonstração, contudo, o uso da referência a jurisprudência para substituí-la recai no caso da motivação *per relationem*, que fere as garantias constitucionais.

Essa diferença no uso e formação dos precedentes provavelmente tem origem na tradição do uso da jurisprudência pelos países do *civil law*, e na confusão entre jurisprudência e precedentes, que muitas vezes são usados como sinônimos. Há, todavia, uma distinção de caráter tanto quantitativo quanto qualitativo entre os dois. Como explica Taruffo, enquanto o termo “precedente” faz referência, via de regra, a uma única decisão relativa a um caso particular, o termo “jurisprudência” costuma fazer referência a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos diferentes. Assim, nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que é fácil identificar qual decisão é essa. Já nos sistemas que usam a jurisprudência como referência, como o termo alude a muitas decisões, é difícil estabelecer tanto qual dessas decisões é realmente relevante, ou mesmo determinar quantas decisões são necessárias para compor uma jurisprudência sobre determinado tema.⁵⁸

Já a diferença de caráter qualitativo envolve a estrutura fundamental do raciocínio em que cada um dos dois se sustenta. A aplicação do precedente é fundada na análise dos fatos, com o julgador estabelecendo se existe ou não analogia entre os fatos do primeiro e os fatos do segundo caso para aplicar as razões de decidir de um ao outro. Já a aplicação da jurisprudência se funda na subsunção dos fatos do segundo caso a uma regra geral formulada a partir de decisões antecedentes, sem que sejam levados em consideração, via de regra, os fatos que foram objeto dessas decisões.⁵⁹

Do ponto de vista quantitativo, o fato de que a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças de número elevado - que pode incluir dezenas, centenas ou milhares de decisões - favorece a existência de incoerências, contradições e repentinas mudanças de orientação dentro desse mesmo conjunto, o que não aconteceria no caso do uso de precedentes.⁶⁰ Assim, uma possível eficácia persuasiva da jurisprudência deveria depender da ausência dessa degeneração dentro do conjunto de sentenças que a formam. Todavia, mais que a integridade e coerência do conjunto, como menciona Taruffo a respeito da jurisprudência italiana, pesa sobretudo o critério da quantidade, pois:

⁵⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

(...) se tende a pensar que quanto mais são as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deveria se impor ao juiz sucessivo, sem considerar que frequentemente se trata de dúzias de reproduções mecânicas do mesmo enunciado e sem refletir que a força persuasiva de cada decisão singular é inversamente proporcional ao número das decisões conformes. (...) o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando se manejam dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente.⁶¹

Outra diferença em relação aos precedentes entre os países do *common law* e do *civil law* diz respeito à força dos precedentes mais comumente utilizados, pois nos países do *civil law* é mais comum encontrar precedentes de força persuasiva do que precedentes de força vinculante. Enquanto os precedentes vinculantes devem obrigatoriamente ser seguidos pelos julgadores nos casos posteriores, os precedentes persuasivos podem não ser seguidos pelo magistrado do caso sucessivo, embora exijam uma fundamentação caso o julgador opte pela sua não adoção, ou seja, devem obrigatoriamente ser considerados ainda que não sejam seguidos.⁶²

O CPC/2015, ao normatizar o regime dos precedentes judiciais, se aproxima da sistemática de precedentes vinculantes, ressaltando a necessidade de os tribunais uniformizarem e estabilizarem sua jurisprudência, preservando sua integridade e coerência. Em seu artigo 927, o CPC/2015 estabelece um rol hierárquico de precedentes obrigatórios, não cabendo aos magistrados optar por segui-los ou não⁶³. Esse rol, todavia, não é taxativo, mas exemplificativo, graças aos imperativos de uniformização, coerência e integridade necessários à segurança jurídica. Como diz Peixoto, “a coerência e a integridade fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento”. Assim, embora os acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores não façam parte do rol do art. 927, os mesmos poderiam ser considerados como obrigatórios quando não houver posicionamento do plenário ou do órgão especial, onde houver.⁶⁴

⁶¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

⁶² PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (inconsistente *distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015. P. 331-335.

⁶³ Compõem o rol do art. 927 do CPC: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁶⁴ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (inconsistente *distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015. P. 331-335.

Outra importante consideração sobre a força dos precedentes no que diz respeito ao tema deste trabalho, é a relação entre o órgão que pronunciou a decisão tomada como precedente e o juiz do caso sucessivo. Quando essa relação é vertical, o juiz do caso sucessivo encontra-se em um grau inferior na hierarquia judiciária – nesse caso, a força do precedente se funda na autoridade do órgão que emitiu a decisão. Já quando a relação é horizontal, entre órgãos do mesmo grau, a força persuasiva do precedente é menor, pois não há diferença de autoridade entre os órgãos julgadores – esse é o caso também do chamado autoprecedente, que nada mais é do que um precedente emitido pela mesma corte que decide o caso sucessivo, admitindo-se que a mesma corte esteja em condições de mudar sua própria orientação.⁶⁵

Ou seja, se a jurisprudência a que se faz referência provém da mesma corte ou até mesmo de um juízo inferior, sua força jamais poderia ser vinculante, mas tão somente persuasiva, desde que aplicado corretamente, fazendo-se a correlação das razões de decidir do julgado invocado com o caso concreto que se está julgando. Não sendo esse o caso, a referência deve limitar-se ao âmbito do *obiter dictum*, sob o peso constituir verdadeira ausência de motivação.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

2. A PROVA TESTEMUNHAL PRESTADA POR POLICIAIS: ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Há duas perspectivas ou dimensões possíveis que devem ser levadas em conta quando o assunto é direito probatório. Uma perspectiva é a da admissibilidade ou validade da prova, outra é a da valoração dessa mesma prova. Em relação aos depoimentos prestados por policiais, é preciso definir inicialmente se possuem natureza de prova testemunhal, submetidos às mesmas regras de admissibilidade e valoração que os depoimentos prestados por quaisquer outras testemunhas, ou não.

O Código de Processo Penal brasileiro dispõe que toda e qualquer pessoa poderá figurar como testemunha⁶⁶, salvo previsão legal em contrário⁶⁷. Logo, do ponto de vista legal, uma vez que não há previsão expressa em contrário, 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, como qualquer outra testemunha. Esse inclusive é o posicionamento consolidado da jurisprudência, como veremos adiante. No mesmo sentido, a doutrina majoritária entende que os policiais não devem ser impedidos de testemunhar pelo simples fato de serem policiais, ou seja, seus depoimentos seriam admissíveis enquanto prova testemunhal⁶⁸.

A divergência entre doutrina e jurisprudência costuma se dar muito mais em relação à valoração desses depoimentos do que em relação à sua admissibilidade. Enquanto a doutrina atual defende majoritariamente que esses depoimentos devam ser valorados de forma relativa,

⁶⁶ Segundo o artigo 202 do Código de Processo Penal, “toda pessoa poderá ser testemunha”. Já o artigo 203 prevê a obrigatoriedade de prestar compromisso de dizer a verdade, dispensável nas hipóteses do artigo 208 - doentes, deficientes mentais, menores de catorze anos, e parentes próximos do réu.

⁶⁷ Conforme previsão do artigo 207 do referido Código, estão impedidas de testemunhar as pessoas que, pelo desempenho de ministério, ofício, profissão ou em razão de função, devam guardar segredo, salvo quando desobrigadas pela parte interessada. Outras vedações aplicam-se aos advogados, podendo recusar-se mesmo quando autorizados pela parte interessada; deputados e senadores, sobre conhecimento obtido em razão do exercício do mandato; magistrados e promotores que tenham atuado no caso; e ao corréu, já que o direito ao silêncio é incompatível com o dever testemunhal de dizer a verdade. Embora possa servir como testemunha, pode recusar-se a testemunhar quem tem parentesco próximo com o réu, nos termos do artigo 206 do CPP, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. O artigo 214 do CPP prevê que, antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz, contudo, só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso de dizer a verdade nos casos previstos no artigo 207, já mencionado, e no artigo 208 - doentes, deficientes mentais, menores de catorze anos, e parentes próximos do réu.

⁶⁸ Nesse sentido: NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

como qualquer outra prova testemunhal, ou até mesmo com ressalvas⁶⁹, a jurisprudência tende a atribuir-lhes presunção de veracidade e, conseqüentemente, uma eficácia probatória mais elevada do que a de outros tipos de prova testemunhal, como veremos adiante.

Essa atribuição de presunção de veracidade tem origem na ideia de que, por serem agentes públicos, os atos realizados pelos policiais gozam da presunção de legalidade e, conseqüentemente legitimidade e veracidade, inerente aos atos administrativos. Essa argumentação construída pela jurisprudência, todavia, é facilmente contestada pela doutrina ao analisar a natureza jurídica dos testemunhos prestados por policiais. Nesse caso, deve-se ter em mente que os depoimentos de policiais no âmbito do processo penal não constituem ato administrativo, mas prova em espécie como outra qualquer. Não gozam, portanto, de fé pública⁷⁰ ou presunção de veracidade, mas possuem valor probatório relativo, cabendo sua valoração de acordo com o contexto probatório.⁷¹ Ressalte-se, ainda, que os atos administrativos gozam de presunção relativa (*iuris tantum*) de veracidade e legitimidade somente no âmbito administrativo, não alcançando tal presunção no âmbito do processo penal.⁷² Assim, não se tratando de ato administrativo no âmbito administrativo, mas de prova no âmbito do Direito Processual Penal, está afastada a presunção de veracidade dos testemunhos policiais.⁷³

Outro ponto de divergência importante entre doutrina e jurisprudência é em relação à isenção dos policiais. A possível parcialidade dos policiais impacta diretamente na valoração dos seus depoimentos, mas, enquanto para a doutrina majoritária ela é considerada um pressuposto, a jurisprudência tende a exigir prova da parcialidade no caso concreto para colocar em xeque a presunção de veracidade que atribui aos depoimentos policiais.

Victor de Paula Ramos, ao tratar das características da prova testemunhal trazidas pela doutrina processual, destaca que a testemunha é alguém que não é parte no processo e que narra em juízo sua percepção dos fatos relevantes para o processo. Ou seja, é um terceiro

⁶⁹ Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; e BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 – ambos discutidos adiante ainda neste tópico.

⁷⁰ Ressalte-se que a fé pública é um atributo de alguns documentos e certidões emitidos por agentes públicos com função certificante, como escrivães e oficiais de justiça. Esse atributo decorre de lei expressa e não se aplica a todo e qualquer ato administrativo, como é o caso da presunção de legalidade, veracidade e legitimidade.

⁷¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

⁷² BORTOLON, Nicolás Bortolotti. Presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 3927, Teresina, 2 abr. 2014.

⁷³ Também no Direito Administrativo a presunção de legalidade dos atos administrativos subsiste até a impugnação judicial do ato, a partir da qual o conflito deve ser resolvido na seara da teoria geral da prova (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016).

pretensamente imparcial que presenciou os fatos. O testemunho seria, então, uma manifestação da ideia que a testemunha tem do próprio fato, e não uma narração imune à subjetividade de quem relata o que ocorreu, ainda que se trate de um terceiro imparcial.⁷⁴

No campo da epistemologia não judiciária, Norbert Elias⁷⁵, ao tratar da questão da neutralidade dos sujeitos em relação à produção do conhecimento científico, distingue dois tipos de posicionamentos possíveis para os sujeitos que podem afetar a produção desse conhecimento: envolvimento e distanciamento⁷⁶. Os sujeitos em posição de maior envolvimento teriam sua atuação mais comprometida pela possibilidade de benefício ou prejuízo pessoal ou grupal, resultando numa produção de conhecimento igualmente comprometida; já os sujeitos em posição de maior distanciamento seriam capazes de se desvincular da atividade em questão, produzindo um conhecimento com alto grau de autonomia em relação aos seus interesses pessoais e sociais.⁷⁷

Para Elias, nenhuma perspectiva é totalmente distanciada ou envolvida; o comportamento humano geralmente encontra-se em um ponto entre esses dois extremos. O que se observam então são padrões de discurso, de pensamento ou de outras atividades que podem ser classificados como de alta ou baixa alienação, bem de como alto ou baixo envolvimento. Assim, não é possível que nenhuma perspectiva seja de todo isenta, mas algumas atividades exigem um grau de distanciamento maior para que a influência de interesses ou necessidades pessoais ou grupais não coloque em risco a utilidade da própria atividade.⁷⁸

Aplicando esses conceitos à epistemologia judiciária, temos os policiais que participaram da investigação ou do flagrante ocupando uma posição de maior envolvimento em relação à produção do conhecimento no processo judicial do que uma testemunha civil. Há, no

⁷⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018. Disponível em: <https://hdl.handle/10803/482109> Acesso em 05/04/2019. P. 25-26

⁷⁵ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Editor alemão Michael Schröter; traduzido do inglês por Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

⁷⁶ O termo *detachment* (tradução do *distanzierung* alemão para o inglês) foi traduzido para o português como *alienação*, e não como *distanciamento* ou *afastamento*, como explica o tradutor em nota no início da obra. Segundo o tradutor, “o distanciamento preconizado por N. Elias é uma forma de alienação dos fatos para melhor conhecê-los, para melhor agir, envolvendo-se neles já em outro nível”. Ele faz ainda uma observação de que “opostamente a Hegel e Marx, a alienação em Elias é positiva e fundamental para a vida dos grupos, para a preservação da paz, do bem-estar e para o desenvolvimento”. Exatamente por isso, pelo afastamento entre os conceitos notado pelo próprio tradutor que propôs o uso do termo *alienação*, optei neste trabalho por utilizar o termo *distanciamento*.

⁷⁷ A experiência individual constitui uma variante determinante em relação aos diferentes graus de alienação e envolvimento, todavia, o modo como cada indivíduo vivencia uma experiência – numa posição de maior envolvimento ou de maior distanciamento – é limitado pelos padrões coletivos desenvolvidos naquela sociedade para lidar com os fenômenos experienciados. (ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Editor alemão Michael Schröter; traduzido do inglês por Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. P. 109-110)

⁷⁸ ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Editor alemão Michael Schröter; traduzido do inglês por Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. P. 107-111.

resultado do processo, um interesse direto por parte desses policiais. É a sua atuação que leva à prisão e/ou denúncia do réu, de forma que há um interesse em justificar a legalidade dos seus atos por meio da condenação do réu.

Esse nível de envolvimento poderia até mesmo colocar em risco a utilidade dos seus testemunhos, que de forma alguma poderiam ser considerados isentos. Todavia, para a doutrina majoritária, não obstante o conceito de testemunha envolver a ideia de imparcialidade, essa posição de maior envolvimento dos policiais não os impede de atuar como testemunhas, embora torne seus testemunhos parciais e, conseqüentemente, exija que tal parcialidade seja ponderada no momento da valoração.

Esse é o posicionamento de Lopes Jr., para quem os depoimentos prestados por policiais devem ser avaliados com muita cautela pelo julgador, embora não haja uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha. Essa valoração cautelosa deve considerar que, além dos prejulgamentos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, o envolvimento do policial com a investigação/prisão gera a necessidade de justificar e legitimar os atos praticados.⁷⁹

No mesmo sentido, Badaró pondera que, embora os policiais não possam ser considerados suspeitos pelo simples fato de serem policiais, é inegável o seu interesse na demonstração da legalidade de sua atuação. Assim, seus testemunhos devem possuir valor relativo, ou seja, apenas devem ser considerados caso estejam de acordo com os demais elementos probatórios constantes dos autos do processo, não sendo possível a sentença condenatória com base exclusiva no depoimento de policiais, mesmo que coesos.⁸⁰

Deve-se ter em mente ainda que, para além da questão do interesse dos policiais em justificarem a própria atuação, o olhar do policial não é neutro ou descontextualizado, mas reproduz e reforça as desigualdades presentes na sociedade, de forma que suas narrativas não podem ser recepcionadas pelo processo penal com *status* de verdade. De acordo com Jesus⁸¹, o “saber policial” que ampara a conduta dos policiais em sua rotina de trabalho não é um saber científico ou isento, mas provém de opiniões e conclusões derivadas do senso comum, de preconceitos e de julgamentos morais, fazendo com que termos como “atitude suspeita” não reflitam necessariamente a realidade.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 470.

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I.

⁸¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>>. Acesso em: 2017-08-22.

Ademais, como Jesus⁸² aponta, a atuação dos policiais também é motivada por pressões e exigências político-institucionais, o que pode resultar em “prisões ilegais, supressão e violações de direitos dos acusados em nome de uma exibição de resultados e suposto controle do crime, ou para aquisição de benefícios e prêmios pelos policiais”. Todavia, a questão da produtividade policial não é problematizada pelos magistrados ao valorarem os testemunhos policiais, de forma que arbitrariedades na atividade policial só são consideradas como hipótese quando há um interesse privado do policial em relação àquele réu.

Por fim, para além das questões próprias aos testemunhos de policiais, como sua inclinação a legitimar seus atos pretéritos a fim de evitar possíveis punições administrativas e/ou criminais, há que se considerar o que a psicologia do testemunho e a neurociência têm demonstrado sobre a falibilidade da memória⁸³ e, conseqüentemente, da prova oral em geral.

A falibilidade da memória envolve a distorção involuntária dos fatos, fruto do processo cognitivo normal. Já a distorção voluntária dos fatos é o que chamamos de mentira. Testemunhos falsos podem se dar tanto por um motivo quanto por outro, e as crenças equivocadas de que a memória seria fiel à realidade ou de que o ser humano estaria naturalmente inclinado a dizer a verdade, ou ainda, de que o julgador seria capaz de identificar se a testemunha está mentindo, estão diretamente ligados a uma diminuição da qualidade epistêmica da prova testemunhal.⁸⁴

Não obstante toda a produção científica nesse sentido, os magistrados brasileiros seguem não só proferindo condenações baseadas tão somente nos depoimentos de policiais, como tais condenações vêm sendo legitimadas pelos tribunais que exercem o controle das decisões, como veremos adiante.

Como afirma Ramos⁸⁵, não há, via de regra, normas de prova legal para a apreciação do testemunho, sustentando a doutrina que a prova testemunhal deve ser apreciada de acordo com

⁸² JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 126. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/>>. Acesso em: 2017-08-22.

⁸³ Fatores culturais, geracionais e individuais daquele que testemunha podem interferir no resgate da memória de um evento, produzindo não só uma leitura subjetiva dos eventos narrados, mas até mesmo falsas memórias. Para mais sobre o assunto ver: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. STEIN, Lilian. (Coord.), Série Pensando o Direito, n. 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>>. Acesso em 20 ago. 2018.

⁸⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 75-81.

⁸⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 45.

o livre convencimento motivado do juiz, havendo pouca clareza sobre quais fatores deveriam ser considerados para que a apreciação do juiz possa ser considerada motivada. Fala-se genericamente em critérios como confiabilidade ou credibilidade a serem avaliados pela não contradição das testemunhas e pela precisão de seu depoimento.

O resultado dessa ausência de critérios claros e da opção pelo livre convencimento motivado seria, por um lado, a existência de condenações meramente fundadas em prova testemunhal em casos de crimes graves e, por vezes, violentos, como estupro, em que, em tese dever-se-ia exigir um *standard* probatório alto, e contraditoriamente, por outro lado, casos em que não se considera a prova testemunhal como suficiente ainda que sejam mais simples, como em questões de natureza cível de cunho patrimonial, em que o *standard* probatório poderia ser mais baixo⁸⁶.

Como já dito no capítulo 1, o *standard* probatório deve ser estabelecido tendo-se em vista o impacto negativo de uma possível decisão errônea, de forma que o critério de suficiência da prova varia conforme os bens jurídicos em jogo. No processo penal, em que, em tese, pretende-se proteger os bens jurídicos mais importantes para uma determinada sociedade, estão em jogo tanto esses bens quanto o direito fundamental à liberdade, cabendo ao direito à liberdade a primazia na ponderação do que constituiria uma decisão injusta. Esse contexto exige, portanto, um *standard* de prova alto e que possa ser intersubjetivamente controlado. Assim, a atuação dos julgadores, seja na valoração das provas, seja na decisão sobre as provas, deve obedecer a critérios racionais e objetivos que permitam o posterior controle dessa decisão, atendo-se tanto à busca pela verdade quanto ao princípio da presunção da inocência – o que não necessariamente tem ocorrido nos tribunais brasileiros.

2.1 A vedação ao reexame de provas e a possibilidade da *revalorização probatória* ou controle da valoração nos tribunais superiores brasileiros

De acordo com o artigo 105 da Constituição Federal de 1988, compete ao Superior Tribunal de Justiça:

“III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo

⁸⁶ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 45.

local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Já ao Supremo Tribunal Federal, compete, de acordo com o artigo 102 da mesma Constituição:

- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Assim, em se tratando de matéria probatória prevista no Código de Processo Penal, os recursos são passíveis de análise pelo STJ⁸⁷. Já se a discussão perpassa garantias constitucionais, cabe ao STF decidir o assunto. Caberia, portanto, ao STJ julgar o recurso especial interposto contra decisão que contrarie as disposições relativas à produção probatória previstas no Código de Processo Penal, embora o Tribunal entenda ser incabível o reexame de provas em sede de recurso especial, conforme sua Súmula 07, segundo a qual “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.⁸⁸

Cabe também ao STJ julgar o *habeas corpus*⁸⁹, quando ele é o órgão hierarquicamente superior ao responsável pelo constrangimento ilegal, podendo o *writ* servir de via alternativa de ataque aos atos judiciais, inclusive no tocante à discussão sobre a legalidade de uma prova, não obstante a limitada cognição do HC, em que não se admite a dilação probatória.⁹⁰

Não há polêmica em relação à interpretação das Súmulas n. 07 do STJ, tendo tanto a doutrina quanto a jurisprudência um entendimento pacífico quanto à vedação do reexame de provas em sede de recurso especial, também em sede de recurso extraordinário, possuindo o STF súmula de mesmo teor. A vedação ao reexame de provas tornaria incabível a utilização das vias extraordinárias para revisar matéria ou questão de fato, limitando os recursos especial e extraordinário às questões de direito. Igualmente não há discordâncias quanto à mesma

⁸⁷ Os processos relativos à matéria de Direito Penal são julgados, no STJ, pelos ministros da Terceira Seção, que se divide em Quinta e Sexta Turma. Cada Seção reúne dez ministros, com cinco ministros por Turma. As Seções julgam mandados de segurança, reclamações e conflitos de competência, sendo também responsáveis pelo julgamento dos recursos repetitivos. Já as Turmas julgam os recursos especiais sem caráter repetitivo, *habeas corpus* criminais, recursos em *habeas corpus*, recursos em mandado de segurança, entre outros tipos de processo.

⁸⁸ O STF também veda o reexame de provas em sede de recurso extraordinário, conforme súmula 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁸⁹ Art. 647 do CPP: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1131-1132.

vedação em relação ao *habeas corpus*, que não admite dilação probatória graças à sua cognição sumária e ao seu rito abreviado.

Conforme aponta Aury Lopes Jr.⁹¹, a vedação do reexame de provas abrange “a rediscussão da axiologia da prova em relação ao caso penal, mas não o regime legal das provas”. Cabível, portanto, a discussão das questões legais acerca da prova, como a violação de regras processuais, de princípios, a utilização de prova ilícita e a atribuição de carga probatória ao réu. O mesmo se aplica ao HC, cuja cognição limitada inviabiliza o reexame de provas, mas admite a discussão sobre a legalidade da prova.

No tocante ao REsp e ao REX, essa é a mesma interpretação de Grinover et all⁹², para quem a vedação ao reexame de provas não exclui a reapreciação de questões atinentes à disciplina legal da prova. Lembram os autores que a limitação do escopo dos recursos especial e extraordinário à discussão das questões de direito deve-se ao fato de que esses remédios recursais foram criados visando primordialmente a tutela do próprio direito objetivo editado pela União. O reexame de questões de fato, contrariaria, assim, sua natureza e destinação.

Para Badaró⁹³, o erro de fato ocorre quando o acórdão se funda em uma falsa premissa de fato, decorrente de uma errônea valoração das provas, enquanto o erro de direito ocorre quando o acórdão aplica erroneamente uma regra de direito, incluindo regras sobre admissibilidade, produção e valoração de provas. Seria, assim, possível, conforme as Súmula 07/STJ e 279/STF, a interposição de recurso especial e extraordinário para questionar os critérios de apreciação da prova, por não se tratar de simples reexame de matéria fática. Ou seja, caberia ao Tribunal realizar um controle dos critérios de valoração utilizados pelo juízo *a quo*, mas não reexaminar as provas. Reapreciar elementos probatórios para concluir se eles foram ou não bem interpretados constituiria matéria de fato, sendo incabível nos recursos extraordinários e especiais.

O próprio STJ admite a possibilidade de *reavaliação probatória* quando constatada a violação de normas de direito probatório. Essa reavaliação, entretanto, não envolveria reexame das provas, por expressa vedação da súmula 07 do STJ, mas seria possível quando devidamente delineados os fatos e as provas no acórdão recorrido.⁹⁴ Todavia, ressalte-se, essa reavaliação

⁹¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1072 e 1132.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 203.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 377-379.

⁹⁴ “(...) embora não seja possível o reexame fático-probatório por expressa vedação do Enunciado n. 7/STJ, é possível, por medida de direito, a reavaliação probatória, quando devidamente delineados os fatos e as provas no

probatória limitar-se-ia às questões de direito – equivalendo, portanto, ao já referido controle dos critérios de valoração utilizados pelo juízo *a quo*.

Como explicam Didier Jr. e Cunha, o recurso especial tem como base as afirmações contidas no acórdão recorrido, de forma que não seria possível reportar-se a provas que, embora constem dos autos, não são referidas no acórdão. Isso restringe a reavaliação à revisão das afirmações que constam no acórdão, pois, “se, para combater as afirmações de fato constantes do acórdão recorrido, for necessário reportar-se a algum documento ou a algum fato ali não retratado, aí incidem os enunciados 7 e 279 das súmulas do STJ e do STF, respectivamente”⁹⁵.

Também entendem pela possibilidade de reavaliação da prova no âmbito do REsp e do Rex Alvim e Dantas⁹⁶, segundo os quais a reavaliação é admitida predominantemente quando há violação de norma que determine expressamente sobre o valor de certo tipo de prova⁹⁷. Essa solução, entretanto, só seria aplicada em casos extremos de má apreciação da prova, em que estivessem em jogo os valores e princípios adotados pelo sistema, devido à própria função desses recursos – tendo os recursos extraordinário e especial a função de resguardar o sistema jurídico, não a situação individual das partes, são cabíveis apenas na medida em que o resultado transcenda às partes e diga respeito ao controle da aplicação de conceitos vagos, cláusula gerais ou princípios jurídicos⁹⁸. Todavia, os autores afirmam que “a impossibilidade técnica de controle, na fase dos recursos de pleno direito, não pode ser tida como uma espécie de endosso dos erros dos tribunais de segundo grau”, pois ainda que não seja possível que os tribunais superiores corrijam a má apreciação da prova nessa fase, a decisão fundada nessa má apreciação não deixa de ser ilegal.

Se encontramos algum ponto polêmico, ou no qual pelo menos não há tanto consenso expresso, deparamo-nos com a possibilidade de distinção entre questões de fato e questões de direito. Grinover et al⁹⁹ limitam-se a colocar que nem sempre essa distinção é nítida, nos

acórdão recorrido.” (STJ, 3ª. Turma, AgRG no REsp n. 1.159.867/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 08/05/2012, DJE 14/05/2012).

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13ª.ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 307-308.

⁹⁶ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. P. 370-373.

⁹⁷ Alvim e Dantas, contudo, defendem uma postura que denominam como mais liberal, na qual os tribunais superiores poderiam rever a valoração da prova ainda que não tenha havido desrespeito a norma federal ou constitucional específica.

⁹⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e anova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. P. 387-390.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 203.

fazendo supor, conseqüentemente, que há a distinção, ainda que difícil de identificar no caso concreto. Já Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró se posicionam expressamente pela ausência de distinção.

Para Aury Lopes Jr., a distinção entre questões de fato e questões de direito imposta pelas Súmulas não se sustenta, podendo ser classificada como tênue, ou até mesmo inexistente, constituindo mais um instrumento de exercício do decisionismo, criticado pelo autor “por ampliar excessiva e ilegitimamente o espaço de discricionariedade judicial, prestando-se a que os tribunais superiores conheçam ou não de recursos a partir de critérios subjetivos e não controláveis”¹⁰⁰. Constituindo-se o direito de situações fáticas juridicizadas, o fato sequer existe para o direito enquanto puro fato, de tal forma que a relação entre fato e direito se torna incindível. No mesmo sentido, Badaró¹⁰¹ afirma não haver realmente distinção completa entre matéria fática e matéria de direito, mas sim questões que podem ser classificadas como predominantemente de fato, e questões que podem ser classificadas como predominantemente de direito.

Alvim e Dantas¹⁰², embora reconheçam ser impossível distinguir questões de fato e questões de direito no plano ontológico, uma vez que o fenômeno jurídico ocorre quando a norma incide sobre os fatos, entendem ser possível classificar uma questão como predominantemente fática ou predominantemente de direito, a partir de dois critérios: o ontológico propriamente dito e o técnico-processual, estando este último ligado às formas de impugnação dos atos do juiz, tendo especial relevância para os recursos extraordinário e especial. Se os aspectos fáticos e o mecanismo de subsunção estão esclarecidos, limitando-se a questão ao aspecto interpretativo da norma, estamos diante de uma questão de direito, seja na perspectiva ontológica ou na técnico-processual.

A dificuldade de distinção pode ocorrer, segundo os dois últimos autores, quando a questão da subsunção (qualificação dos fatos a partir de um critério legal) não está esclarecida. No entanto, como lembram os dois, “saber qual a solução normativa em sentido *lato* que se deve dar a determinado quadro fático predefinido é a *quaestio juris* por excelência”. Um erro na relação entre fato e lei compromete todo o raciocínio subsequente, conseqüentemente gerando uma sequência de ilegalidades ou inconstitucionalidades. Dessa forma, no plano

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1073.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 377-379.

¹⁰² ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e anova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 360-370.

ontológico, se há dúvida quanto à subsunção em si mesma, estaríamos sempre diante de uma questão predominantemente de direito. Contudo, se a questão da subsunção decorre de dúvidas a respeito de como os fatos tenham ocorrido, embora ontologicamente ainda se trate de uma questão de direito, na perspectiva técnico-processual estaríamos diante de uma questão de fato. Isso porque, para o critério de natureza técnico-processual, se é necessário rever as provas para que se exerça o juízo de cassação, não sendo a ilegalidade constatável pela mera leitura da decisão impugnada, trata-se de questão de fato. Esse critério técnico-processual serviria, portanto, para limitar o escopo das questões em que é cabível recurso especial ou extraordinário, de forma que, se há dúvidas sobre os fatos que demande reanálise das provas nos autos, ainda que a questão principal trate de erro de direito, a impugnação da decisão só poderia ocorrer nos tribunais de segundo grau.¹⁰³

Como observado, embora não haja consenso na doutrina quanto à distinção entre questões de fato e questões de direito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a possibilidade do controle dos critérios da valoração – ou a reavaliação das provas – em sede de recurso especial, recurso extraordinário e, também, no *habeas corpus*. Condenações que se amparam exclusivamente em depoimentos prestados por policiais, atribuindo-lhes presunção de idoneidade/veracidade ou corroborando-os com os depoimentos dos mesmos policiais prestados no inquérito policial, violam regras de carga probatória¹⁰⁴ ou o artigo 155 do CPP¹⁰⁵,

¹⁰³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e anova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. P. 360-370.

¹⁰⁴Do princípio da presunção da inocência deriva o corolário *in dubio pro reo*, que estabelece que o ônus de demonstrar a culpa de um acusado deve recair integralmente sobre a acusação, cabendo a absolvição em caso de dúvida. Por isso, todo dispositivo legislativo ou decisão judiciária que inverta o ônus da prova viola frontalmente a Constituição e deslegitima a punição estatal, na perspectiva do garantismo adotado neste trabalho, como já discutido no capítulo anterior. Nesse sentido, a atribuição de presunção de veracidade à prova testemunhal prestada por policiais impõe ao réu o ônus de demonstrar sua inveracidade e, conseqüentemente, sua inocência, violando garantias constitucionais. Para mais sobre o assunto ver: CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020.

¹⁰⁵ De acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, “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”. A doutrina majoritária entende que os atos de investigação realizados durante o inquérito policial, por não exigirem a observância do contraditório e da ampla defesa, não produzem provas, mas meramente elementos de informação cuja finalidade principal seria embasar a atuação da acusação em relação à deflagração da ação penal, e não fundamentar a decisão do julgador. Todavia, a redação do artigo 155 permite aos juízes decidir com base nos elementos informativos do inquérito, desde que analisados em conjunto com as provas produzidas em juízo. Para Lopes Jr., essa possibilidade viola a própria jurisdição, que tem como consectário lógico a garantia de um julgamento com base nas provas produzidas dentro do processo, conforme o *due process of law*. Além disso, como argumenta o autor, a redação do referido artigo termina por legitimar a prática de corroborar os depoimentos dos policiais prestados na delegacia, ou a confissão extrajudicial do réu, com uma parca prova judicial, dentre outras manipulações discursivas para disfarçar a condenação fundada no inquérito policial. Segundo Lopes Jr., é frequente o Ministério Público arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da

respectivamente – em ambos os casos, a reavaliação seria possível, sem adentrar o reexame de provas.

2.2 O controle da valoração dos depoimentos policiais nas decisões do STJ

Inicialmente, buscando entender qual era o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça quanto à valoração dos depoimentos prestados por policiais, iniciei uma pesquisa de jurisprudência no site do STJ, tendo como base o ano de 2019¹⁰⁶, o que resultou em 58 acórdãos sobre o tema.

O próprio site do STJ oferece em seu buscador de jurisprudência a opção “Pesquisa pronta”, em que é possível encontrar jurisprudência selecionada sob o título “Prisão em flagrante. Testemunho da autoridade policial responsável pelo flagrante. Eficácia probatória”, no ramo do Direito Processual Penal, tópico “Prova”, onde constavam, em 18/02/2020, 63 documentos, e em 11/11/2020, 78 documentos.

O mesmo título faz referência ao periódico *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018. No periódico é possível encontrar entendimentos extraídos pelo próprio STJ de suas decisões, dentre eles o entendimento n. 06, segundo o qual “É válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.”¹⁰⁷

elaboração do inquérito, buscando judicializar a palavra dos mesmos para driblar a vedação prevista no artigo 155 do CPP. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁰⁶ Pesquisa por “depoimento adj3 policial”, de 01/01/2019 a 31/12/2019, marcando a opção “pesquisar plurais” e “julgamento”, encontrando apenas acórdãos – 58. A marcação “operador padrão” é indiferente, não alterando o resultado da busca qualquer que seja a opção. Esse critério foi definido levando-se em conta que a pesquisa por “depoimento policial”, sem as aspas usadas aqui, e sem o uso das ferramentas que determinam a ordem e a proximidade das palavras oferecidas pelo próprio site do STJ, resulta em acórdãos que mencionam as duas palavras em qualquer trecho do texto, ainda que distantes e sem nenhuma relação entre elas. Se o termo é buscado entre aspas, resulta em apenas 08 acórdãos produzidos no ano de 2019, pois não abarca variações como “depoimento de policial”. Ao tentar o critério de proximidade (prox), surgiu um acórdão que fazia referência a depoimento em sede policial - “prova oral produzida, tanto em sede policial (depoimento de fls. 08/09) quanto judicial” - pois esse critério procura pela palavra policial tanto antes quanto depois da palavra depoimento. Já o critério adjetivo limita-se a procurar pela palavra policial após a palavra depoimento. O número ao lado do termo “adj” indica que policial será no máximo a terceira palavra após depoimento, o que nos permite abarcar tanto a expressão “depoimento policial” quanto “depoimento de policial” ou “depoimento de um policial”, sendo que o buscador permite ainda pesquisar os plurais, desde que essa opção esteja indicada, o que foi o caso nesta pesquisa.

¹⁰⁷ Extraído dos acórdãos: HC 418529/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 17/04/2018, DJE 27/04/2018; HC 434544/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 15/03/2018; DJE 03/04/2018; HC 436168/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 22/03/2018, DJE 02/04/2018; AgRg no AREsp 1205027/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 13/03/2018, DJE 21/03/2018; AgRg no AREsp 1204990/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/03/2018, DJE 12/03/2018; EDcl no AgRg no AREsp 1148457/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 06/02/2018, DJE 23/02/2018.

Tendo isso em mente, iniciei a análise dos 58 acórdãos encontrados. Na primeira leitura, optei por excluir 33 acórdãos da amostra, restando outros 25. O principal critério de exclusão foi a referência à existência de outras provas além dos depoimentos policiais a amparar a decisão recorrida, como outros testemunhos, depoimentos de vítimas, confissão judicial, e provas obtidas por meio de interceptação telefônica ou perícia de aparelho celular autorizada judicialmente¹⁰⁸. A confissão em fase inquisitorial, por não se tratar de prova propriamente dita, mas de elemento de informação produzido sem contraditório, não foi considerada como fator de exclusão na seleção dos acórdãos. Já a confissão informal relatada por policiais que efetuaram o flagrante foi tratada, nesta pesquisa, não como confissão, mas como parte integrante dos depoimentos dos policiais, motivo pelo qual nenhum caso em que havia menção a esse tipo de prova foi descartado da amostra.

Também houve exclusão quando, embora o acórdão mencionasse a existência de depoimentos policiais, a decisão não tratava de sua valoração, mas de outros temas¹⁰⁹. Questões atinentes à dosimetria e ao regime de cumprimento de pena não foram consideradas para fins desta pesquisa, também por não levarem em consideração a valoração dos depoimentos policiais.

Quanto aos casos em que a decisão recorrida tratava sobre o reconhecimento de privilégio em tráfico de drogas (causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006)¹¹⁰ e não do valor probatório dos depoimentos policiais propriamente ditos, optei por excluí-los da amostra – ainda que as circunstâncias do crime que ampararam a conclusão das instâncias ordinárias quanto à dedicação do acusado à atividade criminosa, uma das vedações ao reconhecimento do privilégio, sejam sempre as narradas pelos policiais em seus depoimentos, e a atribuição da droga ao acusado só se sustente nesses mesmos depoimentos.

O critério de exclusão aplicado terminou por limitar não só os pleitos, mas também os crimes tratados nas decisões recorridas. Restaram na amostra os crimes de tráfico de drogas,

¹⁰⁸ Interceptação telefônica (AgRg no AREsp 918323 / RS; AgRg no HC 512140 / SC); outras testemunhas/depoimento da vítima (AgRg no REsp 1410824 / SP; AgRg no HC 481982 / MS; AgRg no RHC 117506 / CE; AgRg no HC 500019 / RJ; RHC 113571 / PR); Prova obtida em celular mediante autorização judicial após apreensão (HC 517509 / SP); outras provas (HC 441695 / SP).

Os testemunhos de pessoas que não presenciaram o flagrante, como testemunhas de conduta, foram desconsiderados para os fins desta pesquisa.

¹⁰⁹ AgRg no HC 525860 / SP foi excluído da amostra por tratar de violação do princípio da colegialidade em decisão monocrática que não conheceu o HC que pleiteava absolvição por delito de tráfico de drogas; EDcl no HC 495491 / SP foi excluído por tratar do reconhecimento da atenuante de confissão em caso de uso de documento falso; AgRg no REsp 1803332 / MG foi excluído da amostra por tratar da tese de coação moral e irresistível em crime de tráfico de drogas, tendo o réu confessado o crime em juízo mas alegado que foi coagido a cometê-lo; EDcl no HC 502868 / MS foi excluído da amostra por tratar da alegação de omissão no julgado em caso de HC não conhecido por inadequação da via.

¹¹⁰ AgRg no HC 545902 / SP; AgRg no HC 483731 / SP.

associação para tráfico, posse de arma, posse de munição, um único caso de resistência e outro de contrabando.

Dos 25 acórdãos selecionados, 22 provinham da Quinta Turma, e somente 03 da Sexta Turma.

Dentre esses 25 acórdãos, em 08 o recurso¹¹¹ sequer foi conhecido, com base no entendimento de que não é admissível a utilização do *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio. Em todos esses 08 casos, em relação à possibilidade da concessão de ofício diante de flagrante ilegalidade, apesar da inadequação da via, prevaleceu o entendimento de que não haveria ilegalidade na decisão condenatória que considera suficiente para a comprovação da autoria os depoimentos de policiais, pois “os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”¹¹². A desconstituição da conclusão do tribunal ordinário demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que seria incabível na via estreita do HC.

Entre os 17 casos que chegaram a ser conhecidos pelo STJ, em 12 deles o recurso não foi provido com base no entendimento de que é incabível o reexame de provas em sede de Recurso especial, conforme a Súmula 7 desse Tribunal, segundo a qual “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”¹¹³. Em outros 03, desta feita HCs, embora os mesmos tenham sido conhecidos, não foram concedidos com base no entendimento, novamente, de que a desconstituição da conclusão do tribunal ordinário demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que seria incabível na via estreita do HC¹¹⁴. Ressalte-

¹¹¹ Refiro-me aqui ao termo recurso em sentido amplo, abarcando inclusive o *habeas corpus*, como adotado no Código de Processo Penal em seu livro III, destinado às nulidades e recursos em geral, embora a natureza jurídica do *habeas corpus* não seja a de recurso, mas sim a de ação autônoma de impugnação. Para mais sobre o assunto, ver LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1120-1121.

¹¹² O entendimento é mencionado expressamente em 06 casos: HC 526484/SP; HC 456808/MG; HC 492467/RJ; HC 485543/SP; HC 504137/SP; HC 505610/SP.

Nos outros dois, embora não haja menção expressa ao entendimento, fica subentendida a suficiência probatória dos depoimentos dos policiais, tendo em vista que há reconhecimento no acórdão de que as decisões contestadas foram amparadas nesses depoimentos, enquanto os acórdãos, por sua vez, amparam-se no argumento de que isso não constituiria ilegalidade que justificasse a concessão da ordem de ofício. No HC 480698/RJ, o acórdão se ampara nos depoimentos policiais para afirmar que não houve ilegalidade na obtenção de provas, e, portanto, não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício; já no HC 483890/RS, o acórdão limita-se a afirmar que o Tribunal de origem se apoiou nos depoimentos dos policiais para impor a condenação, e que qualquer conclusão diversa demandaria reexame de provas, o que seria inadmissível no espectro processual do HC.

¹¹³ São eles: AgRg no AREsp 1514541 / MS; AgRg no AREsp 1502480 / PR; AgInt no AREsp 1475163 / DF; AgRg no AREsp 1463715 / MS; AgRg no REsp 1770301 / SP; AgRg no AREsp 1421935 / SC; AgInt no AgInt no AREsp 1363972 / SP; AgRg no AgRg no AREsp 1211810 / SP; AgRg no AREsp 1391212 / SP; AgRg no AREsp 1195773 / SP; AgRg no AREsp 1365004 / RS; AgRg no REsp 1775246 / SP.

¹¹⁴ São eles: AgRg no HC 523453 / ES; AgRg no RHC 104450 / SP; AgRg no HC 477839 / RJ.

se que, desses 15 acórdãos, 12 fazem menção expressa ao entendimento segundo o qual os depoimentos dos policiais são considerados meio de prova idôneo e suficiente, mencionado no parágrafo anterior. Nos 03 restantes, embora não haja menção expressa ao entendimento, fica subentendida a suficiência probatória dos depoimentos dos policiais¹¹⁵.

Dentre os recursos conhecidos, escapa do argumento do não cabimento do reexame de provas o AgRg no REsp 1838881/SP, que avalia a nulidade da prova obtida por meio de invasão a domicílio num caso de posse de arma. A Quinta Turma considerou os depoimentos dos policiais suficientes para validar a entrada em domicílio, visto que os mesmos atestam que o acusado permitiu a entrada em sua residência, embora o próprio acórdão mencione que o mesmo negou ter dado tal autorização. Não há qualquer menção ou questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais no acórdão, sendo a narrativa da denúncia do MP, baseada nos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, tratada como corroboração desses mesmos depoimentos no voto do relator.

O único caso em que o recurso foi conhecido e o pleito deferido em toda a amostra é o HC 512344/SP, que manteve a sentença que entendia que a posse de maconha pelo paciente destinava-se a uso, não tráfico. Houve apelação da acusação e a sentença foi reformada em segunda instância para condenar o acusado por tráfico de drogas, sendo a reforma revertida pela Sexta Turma do STJ com a concessão do HC. A tese admitida pelo Relator Nefi Cordeiro foi de que era possível e devida a reavaliação jurídica do fato, sem reavaliação de provas. Nesse caso, foi levado em conta o testemunho do policial que efetuou a abordagem, pois nem mesmo ele teria relatado qualquer indício de tráfico. O paciente, que segundo o acórdão não possuía antecedentes criminais, foi flagrado na posse de 146 gramas de maconha, em veículo com amigos, e assumiu a propriedade da droga, afirmando ser viciado.

Abaixo, seguem algumas tabelas simples relativas à amostra para melhor visualização dos números.

Distribuição dos 25 acórdãos selecionados	
Turmas	
Analisados pela Quinta Turma	Analisados pela Sexta Turma
22	03
Relatoria	
Ministros	Quantidade
Jorge Mussi	07
Felix Fischer	05
Ribeiro Dantas	05

¹¹⁵ AgRg no HC523453/ES, AgRg no AREsp 1391212/SP e AgRg no RHC 104450.

Nefi Cordeiro	03
Reynaldo Soares da Fonseca	03
Joel Ilan Pacionik	01
Leopoldo de Arruda Raposo	01

Crime	Pleito	Quantidade
Tráfico de drogas	Absolvição	11
	Desclassificação para uso	04
	Absolvição ou desclassificação	02
Tráfico + associação para tráfico (absolvição)	Absolvição	02
Tráfico de drogas + posse de munição + resistência	Absolvição	01
Associação para tráfico	Absolvição	02
Posse de arma (nulidade da prova)	Absolvição	01
Posse de munição	Absolvição	01
Contrabando	Absolvição	01

Resumo das decisões	
Status	Quantidade
Conhecidos	17
Não conhecidos	08
Providos/concedidos	01
Não providos/ não concedidos ¹¹⁶	24
Teses	
Tese de não conhecimento	
HC substitutivo de recurso próprio	08
Teses reiteradas de indeferimento	
Incabível reexame de provas em Resp (súmula 7)	12
Incabível reexame de provas em HC	10
Teses de deferimento	
Cabível reavaliação jurídica do fato, sem reavaliação de provas	01

Outros precedentes invocados e alegações relevantes (quantidades)	
“Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa” ¹¹⁷	19

¹¹⁶ O número de recursos improvidos abrange tanto os recursos conhecidos quanto os não conhecidos, visto que, ainda quando não conhecidos, os HC's são analisados para verificar se é o caso de concessão de ofício. Quatro deles chegaram a ser parcialmente concedidos de ofício, mas apenas no tocante a pleitos não analisados nesta pesquisa, como dosimetria, reconhecimento de atenuante de confissão e do princípio da insignificância. No tocante aos pleitos de absolvição por insuficiência de provas ou de nulidade da sentença amparada nos depoimentos dos policiais, nenhum deles foi concedido.

¹¹⁷ Apenas 06 acórdãos da amostra não mencionam expressamente o precedente, embora corroborem as decisões que consideraram os depoimentos policiais suficiente para a comprovação da autoria. São eles: HC 480698/RJ e

No HC substitutivo de recurso próprio, cabível apenas concessão de ofício em caso de flagrante ilegalidade. ¹¹⁸	04
Não se cogita de violação ao art. 155 do Código de Processo Penal quando a condenação, ainda que amparada em provas extrajudiciais, está em harmonia com os demais elementos probatórios obtidos no curso da ação penal. ¹¹⁹	02
Invasão de domicílio: depoimentos policiais considerados suficiente para comprovar que não houve invasão de domicílio. ¹²⁰	03
Provas obtidas por meio do celular do acusado: depoimentos policiais considerados suficiente para comprovar que houve consentimento do acusado para o acesso ao celular. ¹²¹	01

Nessa análise inicial dos dados do STJ quanto ao tema, a predominância da aplicação da vedação ao reexame de provas nas decisões da amostra pareceu, inicialmente, confirmar as intuições de outros colegas pesquisadores quanto ao controle da valoração da prova testemunhal prestada por policiais nos tribunais superiores brasileiros – não há controle.

Todavia, embora a maioria dos recursos seja improvido com base na vedação ao reexame de provas, o STJ não deixa de se manifestar nessas decisões quanto à

HC 483890/RS, já mencionadas na nota de rodapé XX, e os seguintes: AgRg no REsp 1838881/SP; AgRg no HC 523453/ES; AgRg no AREsp 1391212/SP; AgRg no RHC 104450/SP.

¹¹⁸ HC 480698 / RJ, HC 526484 / SP, HC 492467 / RJ, HC 483890 / RS.

¹¹⁹ HC 456806 / MG, AgRg no AREsp 1391212 / SP.

¹²⁰ Relevante destacar que, numa aparente mudança de paradigma, em março de 2021, a Sexta Turma entendeu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel é válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual (HC 598.051/SP). Com base nessa decisão, em maio do mesmo ano, a Quinta Turma entendeu que "ausente a comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e consequentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree)" (AgRg no AREsp 1729469/AM). Esses posicionamentos, embora não o digam expressamente, relativizam a presunção de veracidade atribuída aos depoimentos prestados pelos policiais que participaram das operações. Dito isso, foram os seguintes 03 casos da amostra analisada neste capítulo que consideraram os depoimentos de policiais suficientes para comprovar que não houve invasão de domicílio:

1) AgRg no REsp 1838881: Depoimentos policiais atestam que o acusado permitiu a entrada dos policiais em sua residência, embora o mesmo negue que tenha dado tal autorização. Não há qualquer menção ou questionamento quanto à validade desses depoimentos no acórdão, sendo a narrativa da denúncia do MP, baseada nos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, tratada como corroboração desses mesmos depoimentos no voto do relator. 2) HC 480698 / RJ: entrada na residência pelos policiais legitimada pelas circunstâncias do caso, narradas pelos próprios policiais como indicativas de ocorrência de um crime, caracterizando hipótese de justa causa para a invasão domiciliar, e não ilegalidade. 3) AgRg no RHC 104450 / SP: "Não se evidencia ilegalidade no acórdão que não reconhece a nulidade no ingresso dos policiais ao domicílio quando o próprio investigado admite a prática do delito e franqueia a entrada dos agentes. (...) Na via do habeas corpus, é inviável a análise acerca da veracidade dos depoimentos prestados pelos policiais, a fim de questionar a autorização dada pelo recorrente para o ingresso no domicílio".

¹²¹ AgRg no REsp 1770301 / SP.

validade/admissibilidade dos depoimentos dos policiais, bem como quanto à sua eficácia/suficiência probatória, gerando um entendimento consolidado a respeito do tema no Jurisprudência em Teses, publicação do próprio Tribunal. A aplicação reiterada desse entendimento, ao qual o próprio Tribunal se atém mesmo quando invoca a vedação ao reexame de provas, pode indicar que ao mesmo foi atribuída a força de um precedente, precedente esse que define um parâmetro de controle de valoração da prova testemunhal prestada por policiais. O entendimento do STJ, neste caso, seria a materialização de um *standard* probatório. Mas qual *standard* seria esse? Seria ele racional e objetivamente controlável?

Como discutido anteriormente, não há na legislação nada que impeça que policiais atuem como testemunhas nos casos em que participaram da prisão em flagrante ou da investigação. Todavia, atribuir aos seus depoimentos suficiência probatória para condenar quando considerados isoladamente gera um entendimento descolado de todo o conhecimento que vêm sendo produzido tanto sobre prova testemunhal em geral quanto sobre a prova testemunhal prestada por policiais. Ademais, nesse caso, uma suficiência probatória pautada na ideia de presunção de veracidade viola regras de carga probatória previstas na Constituição.¹²² Nesse sentido, se o entendimento do STJ a respeito da eficácia probatória da prova testemunhal prestada por policiais é a materialização de um *standard* probatório, ainda que possamos concluir que tal *standard* é objetivamente controlável, dificilmente poderemos considerá-lo racional ou legítimo.

A partir desses novos questionamentos e reflexões, iniciei a segunda parte da pesquisa documental na qual se baseia este trabalho. Para tentar entender qual *standard* foi aplicado pelo STJ na construção do seu entendimento, foi preciso voltar ao passado e buscar a origem da formação desse entendimento na jurisprudência do tribunal. Tanto esse caminho quanto o resultado ao final dele são o tema do próximo capítulo.

¹²² Para mais sobre o tema ver: CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020.

3. O QUE ENCONTRAMOS NO PASSADO: ANÁLISE DA FORMAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ

Como ponto de partida da investigação, selecionei aleatoriamente um dos acórdãos utilizados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça para extração do entendimento de que “é válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”¹²³, a saber, o AgRg no AREsp 1204990/MG, julgado em 01/03/2018¹²⁴.

O procedimento utilizado foi o de buscar quais as decisões foram mencionadas pelo relator, ou outros ministros em caso de votos divergentes, para amparar a decisão proferida no AgRg no AREsp 1204990/MG. Como este trabalho tem como objeto o controle da valoração dos depoimentos prestados por policiais, menções a decisões sobre outros temas debatidos no acórdão foram desconsideradas. No caso, a decisão mencionada foi o HC 262582/RS, julgado em 10/03/2016. Busquei então, dentro desse último HC, quais as decisões mencionadas sobre o mesmo entendimento, e assim por diante. O objetivo era encontrar a decisão originária que analisasse as razões de decidir do STJ em relação à valoração e à validade da prova testemunhal prestada por policiais, para compreender o *standard* probatório utilizado pelo tribunal como parâmetro de controle das decisões analisadas nos recursos.¹²⁵

No entanto, cheguei até decisões do STJ do ano de 1999 sem encontrar a esperada decisão originária. A partir de 1999, as decisões ou não mencionavam outras decisões em suas motivações, ou mencionavam decisões do STF. Por isso, dei continuidade à busca também entre as decisões do STF, chegando até o ano de 1973 nesse tribunal e me deparando com algo inesperado: também não encontrei uma decisão originária que explicitasse as razões de decidir

¹²³ Entendimento consolidado no *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018, extraído dos acórdãos: HC 418529/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 17/04/2018, DJE 27/04/2018; HC 434544/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 15/03/2018; DJE 03/04/2018; HC 436168/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 22/03/2018, DJE 02/04/2018; AgRg no AREsp 1205027/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 13/03/2018, DJE 21/03/2018; AgRg no AREsp 1204990/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/03/2018, DJE 12/03/2018; EDcl no AgRg no AREsp 1148457/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 06/02/2018, DJE 23/02/2018.

¹²⁴ AgRg no AREsp 1204990/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/03/2018, DJE 12/03/2018.

¹²⁵ Observe-se que, não obstante o STJ tenha consolidado seu entendimento a respeito do assunto no já mencionado *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, nenhum dos acórdãos de onde foi extraído o entendimento aborda as razões de decidir que levaram à formação do precedente, limitando-se a repetir, com pequenas alterações, mais ou menos as mesmas palavras a respeito do dos depoimentos dos policiais.

por trás do entendimento adotado por esse tribunal, pois o STF adotou como motivação de suas decisões os julgados de tribunais estaduais, sendo o mais antigo deles de 1971.

Além desse resultado, outro achado da pesquisa é de que parece ter havido uma distorção na aplicação do entendimento estabelecido pelo STJ e pelo STF ao longo dos anos. Retomando o entendimento atual de que “é válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”¹²⁶, podemos destrinchá-lo em dois aspectos distintos, mas que, por muitas vezes são usados como sinônimos pelos dois Tribunais.

Um dos aspectos em questão é o de validade da prova, como fica evidente no primeiro trecho do entendimento: “**é válido** e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa” (grifo meu).

No tocante à validade das provas, estamos nos referindo a admissibilidade da prova. As provas inadmissíveis no processo seriam aquelas ilícitas e derivadas das ilícitas, como podemos extrair dos artigos 157 do Código de Processo Penal e 369 do Código de Processo Civil. Segundo o artigo 202 do Código de Processo Penal, “toda pessoa poderá ser testemunha”. Logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles responsáveis pelo flagrante/investigação ou não, podem testemunhar, sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho, sendo seus testemunhos, portanto, a princípio, admissíveis, como já discutido no capítulo anterior.

Um outro aspecto presente no entendimento atual do STJ é o da eficácia da prova. Aqui entramos na análise do segundo trecho do entendimento: “é válido e **revestido de eficácia probatória** o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa” (grifo meu).

¹²⁶ Entendimento consolidado no *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018, extraído dos acórdãos: HC 418529/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 17/04/2018, DJE 27/04/2018; HC 434544/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 15/03/2018; DJE 03/04/2018; HC 436168/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 22/03/2018, DJE 02/04/2018; AgRg no AREsp 1205027/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 13/03/2018, DJE 21/03/2018; AgRg no AREsp 1204990/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/03/2018, DJE 12/03/2018; EDcl no AgRg no AREsp 1148457/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 06/02/2018, DJE 23/02/2018.

Primeiro cabe ressaltar que a expressão eficácia probatória, na prática, acaba assumindo a conotação de “suficiência probatória”¹²⁷. Certo que há a ressalva no próprio entendimento de que a eficácia probatória pressupõe “harmonia com as demais provas dos autos”, o que, em tese, veda a condenação amparada unicamente nos testemunhos prestados por policiais. Todavia, quando as “demais provas dos autos” são os depoimentos dos próprios policiais prestados na fase do inquérito policial ou, ainda, provas que nada dizem a respeito da autoria, mas tão somente da materialidade, podemos concluir que há um entendimento de que a prova testemunhal prestada por policiais é suficiente para embasar uma condenação, a ela sendo atribuída, portanto, suficiência probatória.¹²⁸

Entendo que a ressalva de que os testemunhos dos policiais estejam em “harmonia com as demais provas dos autos” não se aplica à questão da validade/admissibilidade propriamente dita, uma vez que essa referida harmonia não configura um pressuposto de licitude da prova – e nem faria sentido de outra forma, pois a existência de provas que sustentem diferentes hipóteses é inerente tanto ao processo jurídico propriamente dito quanto ao processo de apreensão da realidade.

Entretanto, a última ressalva, a de que o testemunho dos policiais é válido desde que “(...) colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”, abarca tanto o aspecto da validade/admissibilidade quanto o aspecto da eficácia probatória. Isso porque uma prova produzida em desrespeito às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal é ilícita, não podendo, portanto, ser admitida. Todavia, o mais provável é que o STJ, ao utilizar essa expressão, fizesse referência ao valor probatório da prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em relação aos elementos de informação colhidos durante o inquérito, cuja eficácia probatória limita-se à fase pré-processual e não serve à sentença – ou não deveria servir.

¹²⁷ De fato, o termo “suficiente” aparece em alguns dos julgados de onde foi extraído o entendimento consolidado no Jurisprudência em Tese – n. 105, demonstrando que esse de fato é o significado atribuído à expressão “eficácia probatória” pelo Tribunal. Vejamos um deles: “O entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que “os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade” (HC 408.808/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).” (HC 434544 / RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 03/04/2018).

¹²⁸ Aqui me posiciono junto a Aury Lopes Jr. (LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*, 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 462-463), para quem arrolar como testemunhas apenas os policiais que participaram da operação e da elaboração do inquérito é uma forma de driblar a vedação de condenação com base exclusivamente nos elementos de investigação colhidos durante o inquérito, prevista no artigo 155 do CPP. O que ele classifica como um engodo obtido por meio da judicialização da palavra dos policiais é algo que, no meu entendimento, não seria possível sem a conivência dos julgadores.

A distinção entre esses dois aspectos do entendimento consolidado, o aspecto da validade e o aspecto da eficácia probatória, é importante para a correta aplicação do entendimento aos casos sucessivos, e também para a compreensão de como se formou esse entendimento. Usar os dois aspectos como sinônimos, confundindo-os, abre margem para uma distorção do próprio entendimento, diminuindo sua força persuasiva ao longo do tempo – se é que ele possui alguma. Dito isso, voltemos à análise das decisões encontradas na busca pela origem da formação do precedente aplicado pelo STJ, a fim de entender como esses dois aspectos foram tratados pelo tribunal ao longo do tempo.

3.1 A busca pela origem do precedente no STJ

Inicialmente, como já mencionei anteriormente, busquei analisar a jurisprudência mencionada no AgRg no AREsp 1204990/MG¹²⁹, uma das decisões de onde foi extraído pelo STJ o entendimento analisado no tópico anterior¹³⁰. O acórdão dessa decisão específica mencionava o HC 262582/RS, que mencionava o HC 115516/SP, que mencionava o HC 95314/SP, e assim por diante.¹³¹ Dessa forma, retrocedi até o ano de 2004, quando as decisões analisadas passam a remeter-se umas às outras, até chegar ao STJ-HC 30776/RJ, julgado em 03/02/2004, que não menciona nenhuma decisão anterior de nenhum tribunal. Anteriores a 2004 encontramos apenas o HC 22103/GO, julgado em 20/08/2002, que também não menciona decisões anteriores de nenhum tribunal, e o REsp 162022/GO, de 10/05/1999, que não menciona decisões anteriores do STJ, mas sim do STF¹³².

¹²⁹ AgRg no AREsp 1204990/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 01/03/2018, DJE 12/03/2018.

¹³⁰ “É válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.” - entendimento consolidado no *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018.

¹³¹ Para uma representação gráfica completa, ver a figura 1.

Aqui, nesta nota de rodapé, usaremos o símbolo de contém “⊃” para esclarecer quais decisões estão contidas dentro de outras decisões, iniciando pela decisão mais recente e voltando até o ano de 1999: <STJ-AgRg no ARESO 1204990/MG, j. 01.03.18> ⊃ <STJ-HC 262582/RS, j. 10.03.2016> ⊃ <STJ-HC 95314/SP, j. 06.03.2008> ⊃ <STJ-HC 40162, j. 08.03.2005> ⊃ <STJ-HC 30776/RJ, j. 03.02.2004; STJ-HC 34881/SP, j. 07.10.2004>, sendo que <STJ-HC 34881/SP, j. 07.10.2004> ⊃ <STJ-HC 22103/GO, j. 20.08.2002; STJ-HC 30776/RJ, j. 03.02.2004; STJ-HC 31948/SP, j. 09.03.2004; STJ-HC 31099/ES, j. 01.04.2004>, sendo que <STJ-HC 31099/ES, j. 01.04.2004> ⊃ <STJ-HC 30776/RJ, j. 03.02.2004>, e <STJ-HC 31948/SP, j.09.03.2004> ⊃ <REsp 162022/GO, j. 16.04.1999; STJ-HC 30776/RJ, j. 03.02.2004>.

¹³² Os julgados do STF mencionados nas decisões do STJ serão tratados adiante, em outro tópico.

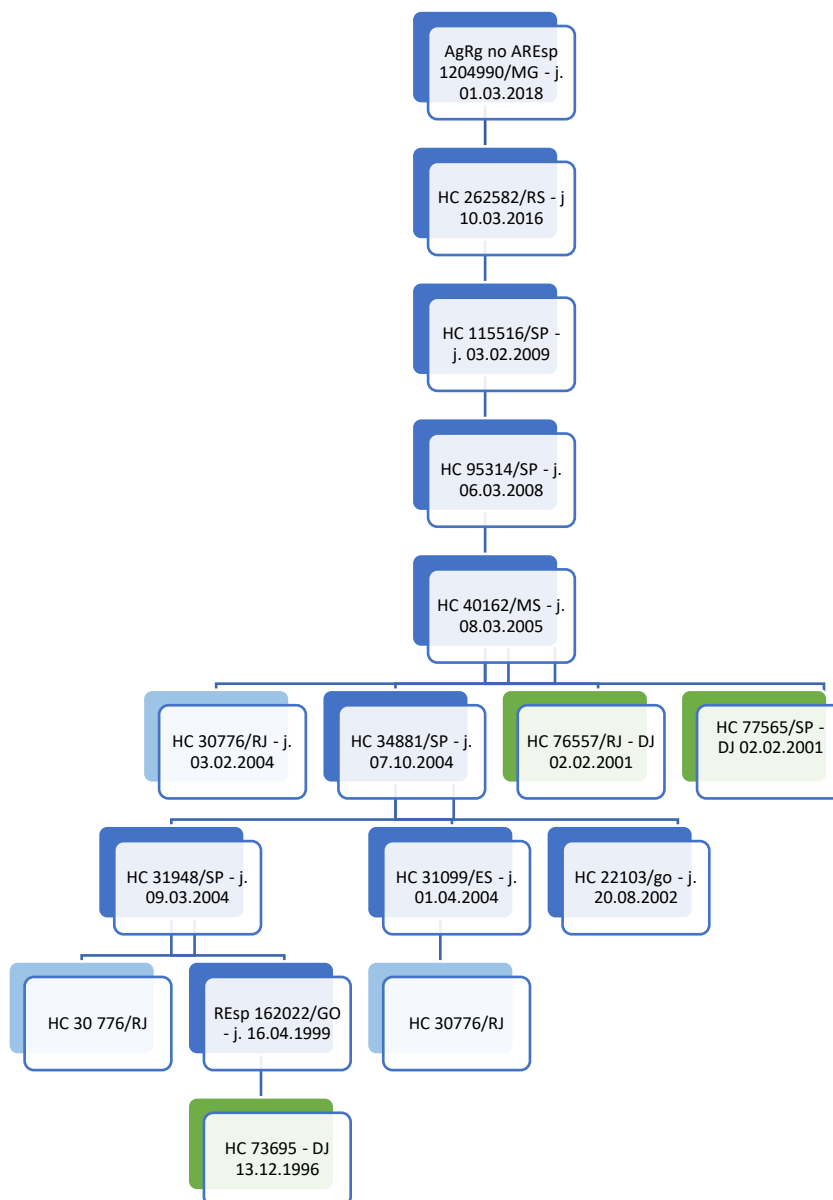


Figura 1: Decisões do STJ analisadas, citadas nos acórdãos a partir do AgRg no AREsp 1204990/MG, utilizado pelo Tribunal no Jurisprudência em Teses em 2018. Em azul, as decisões do STJ. As que são citadas mais de uma vez aparecem em azul claro. Em verde, as decisões do STF.

Na análise dessas decisões, foquei apenas em buscar os trechos dos acórdãos que tratavam da questão da validade/eficácia probatória da prova testemunhal prestada por policiais. Questões relativas a outros entendimentos, como a vedação ao reexame de provas, foram desconsideradas. O objetivo era, como já mencionado, encontrar a decisão originária que analisasse as razões de decidir do STJ em relação à valoração e à validade da prova testemunhal prestada por policiais, a fim de compreender o *standard* probatório utilizado como parâmetro de controle das decisões dos tribunais inferiores pelo STJ.

O que encontrei, via de regra, foram decisões curtas que não se aprofundavam na questão do controle dos critérios da valoração da prova, fazendo referência à vedação ao reexame de prova – contudo, como já vimos anteriormente, reexame de provas e reavaliação

probatória são duas coisas distintas que não se confundem. Tratando-se em sua maior parte de *habeas corpus*, graças à possibilidade de concessão da ordem de ofício em caso de flagrante ilegalidade, as decisões limitavam-se a afirmar não haver essa ilegalidade, já que o entendimento do Tribunal é o de que policiais podem ser testemunhas e seus depoimentos têm eficácia probatória. Em suma, as decisões faziam uma mera repetição do entendimento consolidado no Jurisprudência em Teses¹³³, com a alteração da redação pouco modificando o conteúdo. A primeira decisão analisada, o **HC 262582/RS**¹³⁴, julgado em 10/03/2016, diz:

“Ademais, ressalte-se que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade, máxime **quando em harmonia com os elementos constantes dos autos**, constituindo-se, assim, elementos aptos a respaldar a condenação.” (grifo meu).

O HC 262582/RS menciona então a ementa do **HC 115516/SP**¹³⁵, julgado em 03/02/2009, que, por sua vez, afirma em um trecho do seu acórdão:

“Ressalte-se que **os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor** sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Assim sendo, **tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória**, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório.” (grifos meus).

Observe-se que o entendimento consolidado pelo Tribunal em 2018 é basicamente o mesmo mencionado em 2009, nove anos antes, abordando tanto o aspecto da validade dos depoimentos dos policiais quanto o da sua eficácia probatória. Todavia, ao eleger a palavra “sobretudo” para tratar da prova produzida sob o crivo do contraditório, o HC 115516 dá a entender que tais depoimentos poderiam revestir-se de eficácia probatória ainda que colhidos sem essa garantia, ou seja, reconhece a possibilidade de que mesmo os depoimentos prestados durante a fase do inquérito policial possuam eficácia probatória. Nesse sentido, a redação do entendimento consolidado mostra-se um avanço no respeito às garantias constitucionais ao tratar a observância ao contraditório e à ampla defesa como condição de admissibilidade da prova.

¹³³ “É válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.” - entendimento consolidado no *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018.

¹³⁴ HC 262582/RSm Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016. (Citado no AgRg no AREsp 1204990/MG, j. 01/03/2018).

¹³⁵ HC 115516/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/02/2009. (Citado no HC 262582/RS, j. 10/03/2016).

O mesmo avanço também é perceptível em relação ao HC 262582 de 2016, que atrela a credibilidade dos depoimentos à “harmonia com os elementos constantes dos autos”, o que abre margem para que os elementos de informação constantes no inquérito sirvam como corroboração da prova produzida em juízo, o que acaba por permitir que os depoimentos dos policiais prestados na fase inquisitorial sustentem os mesmos depoimentos prestados em juízo. Nesse caso, a palavra do policial corrobora a própria palavra do policial. No entendimento consolidado, de 2018, o Tribunal teve o cuidado de utilizar a expressão “em harmonia com as demais provas dos autos”, o que, embora à primeira vista pareça a mesma coisa, eleva o nível de suficiência probatória, visto que provas e elementos de informação são produzidos sob circunstâncias diferentes.

De qualquer forma, como o “Jurisprudência em Teses” não explicita as razões por trás do entendimento, só nos resta especular quais teriam sido as intenções do Tribunal no momento da escolha de palavras. De fato, ao observarmos as decisões mais recentes do STJ sobre o assunto, não parece que os Ministros tenham compreendido a diferença entre elementos de informação e provas, visto que o HC 262582 segue sendo mencionado como jurisprudência sobre o tema nos dias atuais, a despeito do posterior entendimento consolidado¹³⁶.

Ao analisar o **HC 95314/SP**¹³⁷, julgado em 06/03/2008, surgem duas outras interpretações possíveis do entendimento, graças às alterações na redação:

“Vale ressaltar, ainda, que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na **verificação da materialidade** e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, **mormente quando colhido em juízo**, com a observância do contraditório, e **em consonância com outros elementos de convicção** existentes no processo.” (grifos meus).

Aqui há a ideia de que a prova testemunhal prestada por policiais teria o condão de comprovar não só a autoria como também a materialidade. Além disso, surge a expressão “elementos de convicção”, com os quais os depoimentos devem estar em harmonia., o que poderia indicar prova produzida em juízo em oposição a “elementos de informação”, já que a prova judicial tem como função formar a convicção do juiz. Já a palavra “mormente” assegura

¹³⁶ Ao buscarmos pelo HC 262582/RS na ferramenta de busca do site do STJ em 24/05/2021, encontramos 07 processos que o mencionam como precedente nos anos de 2020 e 2021: AgRg no HC 596979 / PR, Rel. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 05/04/2021; HC 626539 / RJ, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/02/2021; AgRg no HC 615554 / RJ, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 08/02/2021; AgRg no HC 620668 / RJ, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18/12/2020; HC 608558 / RJ, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 07/12/2020; AgRg no HC 606384 / SC, Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 29/09/2020; AgRg no Ag no REsp 1877763 / SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/09/2020.

¹³⁷ HC 95314/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/03/2008. (Citado no HC 115516/SP, j. 03/02/2009).

a interpretação de que a prova produzida em juízo é preferível, porém não absolutamente necessária.

O HC 40162/MS¹³⁸, julgado em 08/03/2005, mantém a ideia do contraditório enquanto fator que confere um aumento da eficácia probatória, mas não como pressuposto de validade da prova: “o depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, **principalmente quando tomados em juízo**, sob o crivo do contraditório”. (grifo meu).

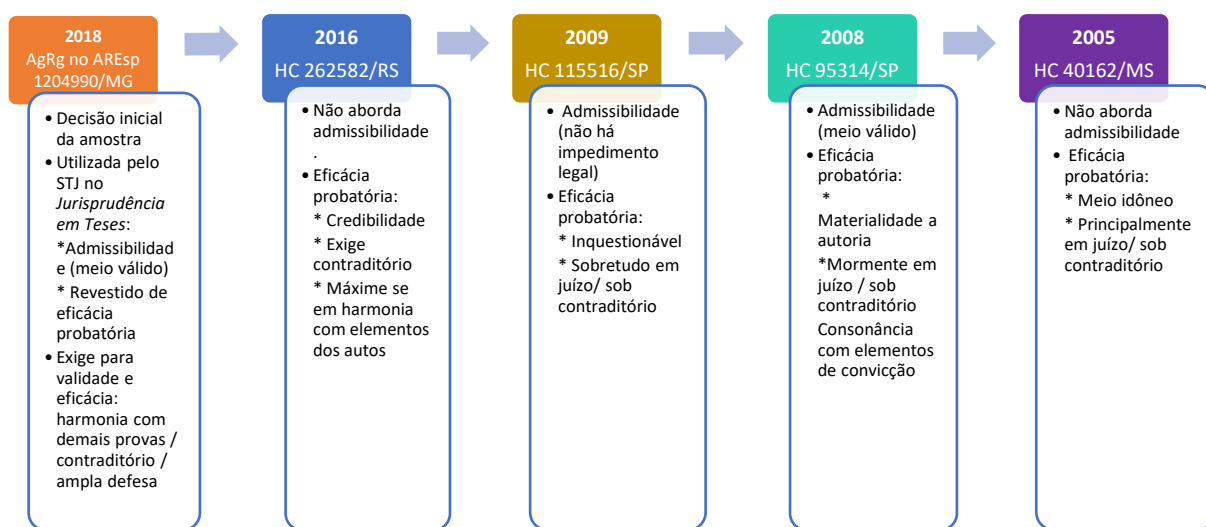


Figura 2: Principais entendimentos sobre testemunho prestado por policiais nos julgados citados a partir da decisão inicial da amostra até o HC 40162.

O HC 40162/MS cita quatro outras decisões, entre elas o HC 34881/SP¹³⁹, julgado em 07/10/2004, que se apoia igualmente em outros julgados¹⁴⁰ para afirmar que não há vedação ao depoimento de policiais, num caso específico em que “a condenação também foi feita com base em outros elementos de prova”.

O HC 31099/ES¹⁴¹, julgado em 01/04/2004, além de tratar da admissibilidade dos depoimentos prestados por policiais (aspecto de validade), atribui a esses depoimentos uma “presunção de boa-fé”¹⁴², no tocante à eficácia probatória.

¹³⁸ HC 40162/MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 08/03/2005. (Citado no HC 95314/SP, j. 06/03/2008).

O HC 40162/MS menciona julgados do STF, que serão analisados adiante.

¹³⁹ HC 34881/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/10/2004. (Citado no HC 40162/MS, j. 08/03/2005).

¹⁴⁰ HC 31948/SP, HC 30776/RJ e HC 31099/ES, analisados em seguida.

¹⁴¹ HC 31099/ES, REL. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 01/04/2004. (Citado no HC 34881/SP, j. 03/11/2004).

¹⁴² A atribuição de presunção de veracidade aos depoimentos prestados por policiais foi discutida em pesquisa anterior a esta, em análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A pesquisa foi publicada no

Como bem salientou o v. acórdão guerreado, os depoimentos dos policiais foram unânimes, "não havendo nos autos sequer indícios ponderáveis que se lhes possam ilidir" (fls. 26). De outro lado, é de se admitir como válido o depoimento de policiais que, como agentes públicos na prática de atos administrativos, gozam de presunção de boa-fé, ainda mais em crimes que, como o de tráfico, acontecem às escuras e há manifesta intimidação aos delatores. Outrossim, não há qualquer impedimento legal de que eles prestem depoimento naqueles processos cuja fase investigatória tenha participado, ainda mais quando proferido em juízo onde há a garantia do contraditório.

No **HC 31948/SP**¹⁴³, julgado em 09/03/2004, o relator limita-se a dizer que “não há vedação, em nosso sistema, acerca do depoimento de policiais”, o que em tese abarcaria tão somente o aspecto da validade, mas em seguida ele menciona dois julgados¹⁴⁴, analisados logo abaixo, que tratam da questão da eficácia probatória.

O **HC 30776/RJ**¹⁴⁵, julgado em 03/02/2004 é um julgado particularmente importante porque, dentro da nossa pequena amostra, ele é mencionado por outras quatro outras decisões¹⁴⁶. De forma muito sucinta e clara, ele trata a ideia de eficácia probatória enquanto sinônimo de suficiência probatória, o que em outros julgados posteriores por vezes não parece tão claro.

No caso em tela, o paciente questiona a condenação que lhe foi imposta por ter sido baseada no depoimento de um policial específico, que seria um “perseguidor implacável” do paciente. Todavia, a relatora afirma que, da leitura da sentença “vê-se que a condenação também encontrou amparo no próprio interrogatório do réu e em sua prova documental apresentada, bem como no depoimento de outros policiais”. Não obstante não fique claro que prova documental seria essa ou sob quais circunstância se deu o interrogatório do réu, ou ainda se havia ou não uma perseguição de fato por parte do policial mencionado, a relatora defende que a condenação não se deu com base unicamente nos depoimentos dos policiais. Todavia, sua

seguinte artigo” CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020.

Do ponto de vista antropológico, o trabalho que consideramos mais importante para entender como e porque se opera essa atribuição de presunção de veracidade é o de Maria Gorete Marques de Jesus, ao qual tivemos acesso inicialmente por meio de sua tese de doutorado, posteriormente publicada em livro (JESUS, Maria Gorete Marques de. *O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁴³ HC 31948/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/03/2004. (Citado no HC 34881/SP, j. 03/11/2004.

¹⁴⁴ HC 30776/RJ, j. 03/02/2004; e REsp 162022/GO, j. 16/04/1999.

¹⁴⁵ HC 30776/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/02/2004.

¹⁴⁶ O HC 30776/RJ é mencionado no HC 40162/MS, no HC 34881/SP, no HC 31099/ES e no HC 31948/SP.

escolha de palavras transformou este caso, em que supostamente haviam outras provas, numa referência para autorizar condenações baseadas tão somente nos depoimentos policiais.

Ressalte-se, ainda, que **mesmo se a condenação tivesse se amparado apenas no depoimento de policiais, de qualquer forma não seria caso de anulação da sentença, porquanto esses não se encontram legalmente impedidos de depor** sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenha participado, no exercício das funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório.
(Grifo meu).

Aqui o aspecto da eficácia probatória se confunde com o da validade dos depoimentos, e culmina numa tese de suficiência probatória – os depoimentos são eficazes porque são válidos, e sendo, assim, não se pode questionar uma decisão que os considere suficientes para sustentar uma condenação. O que é notável, todavia, é que o HC 30776/RJ não menciona nenhum outro precedente sobre o tema, nem traz qualquer outro aprofundamento sobre a construção do entendimento, de forma que nunca saberemos qual de fato era a intenção da relatora. Parece, contudo, que essa fusão entre os dois aspectos, que eventualmente levou à tese de suficiência probatória, nasceu em decisões mais antigas que tratavam especificamente da prisão em flagrante, como veremos adiante.

No **HC 22103/GO**¹⁴⁷, julgado em 20/08/2002, também há outras provas além dos depoimentos dos policiais. O relator afirma que a condenação foi fundada também na delação dos corréus, uma delas produzida em juízo, e menciona um julgado do STF¹⁴⁸ para sustentar que a delação de corréu pode respaldar a condenação quando em harmonia com as demais provas, no caso, o depoimento dos policiais. Aqui o relator a trata tanto da validade/admissibilidade dos depoimentos quanto da eficácia probatória, embora não use essa última expressão, afirmando ser admissível que o magistrado forme sua convicção com base nesses depoimentos:

Da mesma forma, considero válidos os depoimentos dos policiais que participaram do flagrante lavrado contra o apelante. Se suas declarações não se restringiram à repetição daquilo que ouviram dos réus durante o inquérito policial, mas acrescentaram outros elementos, suas palavras merecem crédito e devem servir como elemento de formação da convicção do julgador. (...) Em casos como o dos autos, entendo admissível que o magistrado possa firmar sua convicção em depoimentos prestados em juízo por policiais que participaram da prisão dos réus, se a instrução criminal não ofereceu nenhum

¹⁴⁷ HC 22103/GO, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 20/08/2002. (Citado no HC 34881/SP, j. 01/10/2004).

¹⁴⁸ STF-HC 75228-8/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 19/09/1997.

dado ou circunstância suficiente a excluí-los dos elementos probatórios. (...) Além do mais, durante a instrução criminal o recorrente nada alegou sobre tal fato e sequer contraditou as testemunhas ou produziu provas que vulnerassem os depoimentos jurisdicionalizados.

Por fim, no **REsp 162022/GO**¹⁴⁹, julgado em 16/04/1999, aparece a ideia de suficiência probatória, que seguiu sendo sustentada pelo Tribunal posteriormente: “É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante.”

Ao analisarmos o inteiro teor do acórdão e o voto do Ministro relator, adotado unanimemente pela turma para conhecer e prover parcialmente o recurso, reestabelecendo a sentença condenatória de primeiro grau, observamos que, além de declarar que não há nenhuma vedação quanto ao testemunho dos policiais, o Relator reafirma também o valor probatório da confissão extrajudicial “quando em sintonia com outros elementos de prova condensados no processo”, tendo sido a condenação neste caso baseada tanto nos depoimentos dos policiais quanto na confissão extrajudicial, com cada um deles corroborando o valor probatório do outro. Desta forma, embora o relator associe a observância ao contraditório à idoneidade da prova, não descarta a eficácia probatória dos elementos de informação produzidos sem essa observância.

Além disso, é interessante observar, nesse julgado específico, que a prova discutida aqui é o testemunho policial prestado em juízo, não apenas porque se faz referência ao contraditório. Aqui é muito claro, pela leitura do texto, que não se discute o valor probatório dos depoimentos prestados pelos policiais na fase inquisitorial, mas se é permitido que os policiais que participaram de uma diligência venham a ser arrolados como testemunhas pela acusação durante a instrução criminal, com menção a julgado anterior do STF¹⁵⁰. Não obstante essa distinção pareça insignificante agora, mostraremos adiante sua relevância.

Outro ponto importante do REsp 162022/GO, julgado em 16/04/1999, é que, ao contrário do que acontece em todas as decisões posteriores analisadas até aqui, ele utiliza expressamente a expressão “razão de decidir”, não se limitando a citar a ementa de algum julgado anterior para fundamentar sua decisão. Todavia, as razões de decidir não passam, literalmente, de cópia do parecer do Ministério Público. O Relator cita trecho do parecer e conclui dizendo: “Tenho como incensurável a análise judiciosamente exposta pela ilustre

¹⁴⁹ REsp 162022/GO, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 16/04/1999. (Citado no HC 31948/SP, j. 09/03/2004).

¹⁵⁰ STF, 2ª Turma, HC nº 73695-5 – RS. Rel. Ministro Francisco Rezek. DJ de 12.12.96.

representante do Ministério Público Federal, cujos termos incorporo a este voto, adotando-a como razão de decidir”. Eis o trecho do parecer do Ministério Público mencionado no acórdão:

Ora, o art. 202, do Código de Processo Penal, diz que toda pessoa pode ser testemunha e, assim, o policial que participou de diligência investigatória não pode ser excluído de depor, nem seu depoimento desconsiderado somente porque participou da prisão em flagrante do acusado e se limitou a informar o que apurou e ouviu dos réus naquela ocasião. Não se deve olvidar que informaram em Juízo, mediante compromisso de dizer a verdade e sob o crivo do contraditório, os fatos que apuraram e que ouviram dos próprios acusados. Não poderiam os policiais apresentar versões diversas das que lhes foram transmitidas no momento da prisão dos acusados, sob pena de cometimento de falso testemunho. Não se pode, desse modo, dizer que ‘tais testemunhos são desprovidos de valor, por serem alusivos ao procedimento policial, que, em si, longe do contraditório, não pode ser considerado para o deslinde do caso. (fls. 187). Nossas Cortes Superiores de há muito vêm prestigiando o entendimento de que a ordem jurídica em vigor agasalha a possibilidade de que policiais que participaram de diligência venham prestar depoimento como testemunhas arroladas pela acusação (STF, 2ª Turma, HC nº 73695-5 – RS. Rel. Ministro Francisco Rezek. DJ de 12.12.96, pág. 49.944).

Essas menos de 20 linhas são o que encontrei de mais extenso no STJ para entender a formação do entendimento do Tribunal, cabendo ainda a análise do julgado do STF mencionado, o que farei no tópico 3.2.

Meu objetivo nessa fase da pesquisa era o de, a partir da análise da formação do entendimento do STJ sobre a validade e eficácia probatória da prova testemunhal prestada por policiais, determinar qual foi o *standard* de prova utilizado pelo Tribunal e se esse *standard* permitiria o controle intersubjetivo das decisões.

Ora, não só no REsp 162022/GO como em todos os julgados produzidos posteriormente pelo STJ e abarcados na amostra, há um parâmetro claro, embora não constante, de admissibilidade da prova. O entendimento do Tribunal sobre a validade da prova testemunhal prestada por policiais, aplicável até hoje, baseia-se, principalmente, no fato de que: 1) a lei não proíbe que os policiais que atuaram em uma investigação ou prisão em flagrante sirvam como testemunhas no processo; 2) a prova produzida em juízo, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, é lícita. Esses dois critérios são facilmente verificáveis no momento do controle de uma decisão.

Já em relação à eficácia probatória, o parâmetro não é tão claro. Enquanto algumas decisões exigem que, para que se atinja o nível de suficiência probatória estabelecido pelo Tribunal, os depoimentos dos policiais estejam em harmonia com o conjunto probatório, outras afirmam que apenas os depoimentos dos policiais por si só já bastam. Se para algumas o conjunto probatório abarca apenas o que foi produzido em Juízo, para outras, a confissão

extrajudicial e os depoimentos dos próprios policiais no inquérito policial podem servir para garantir à prova testemunhal prestada em juízo o grau de suficiência necessário. Para a maior parte das decisões, não havendo prova em contrário, atribui-se presunção de veracidade aos depoimentos prestados por policiais, com consequente inversão do ônus da prova e diminuição do nível de suficiência probatória exigido da acusação. Já o respeito ao contraditório, pressuposto de admissibilidade, é frequentemente tratado como critério de valoração, aumentando-se ou diminuindo-se a qualidade da prova conforme sua produção tenha respeitado ou não as garantias constitucionais.

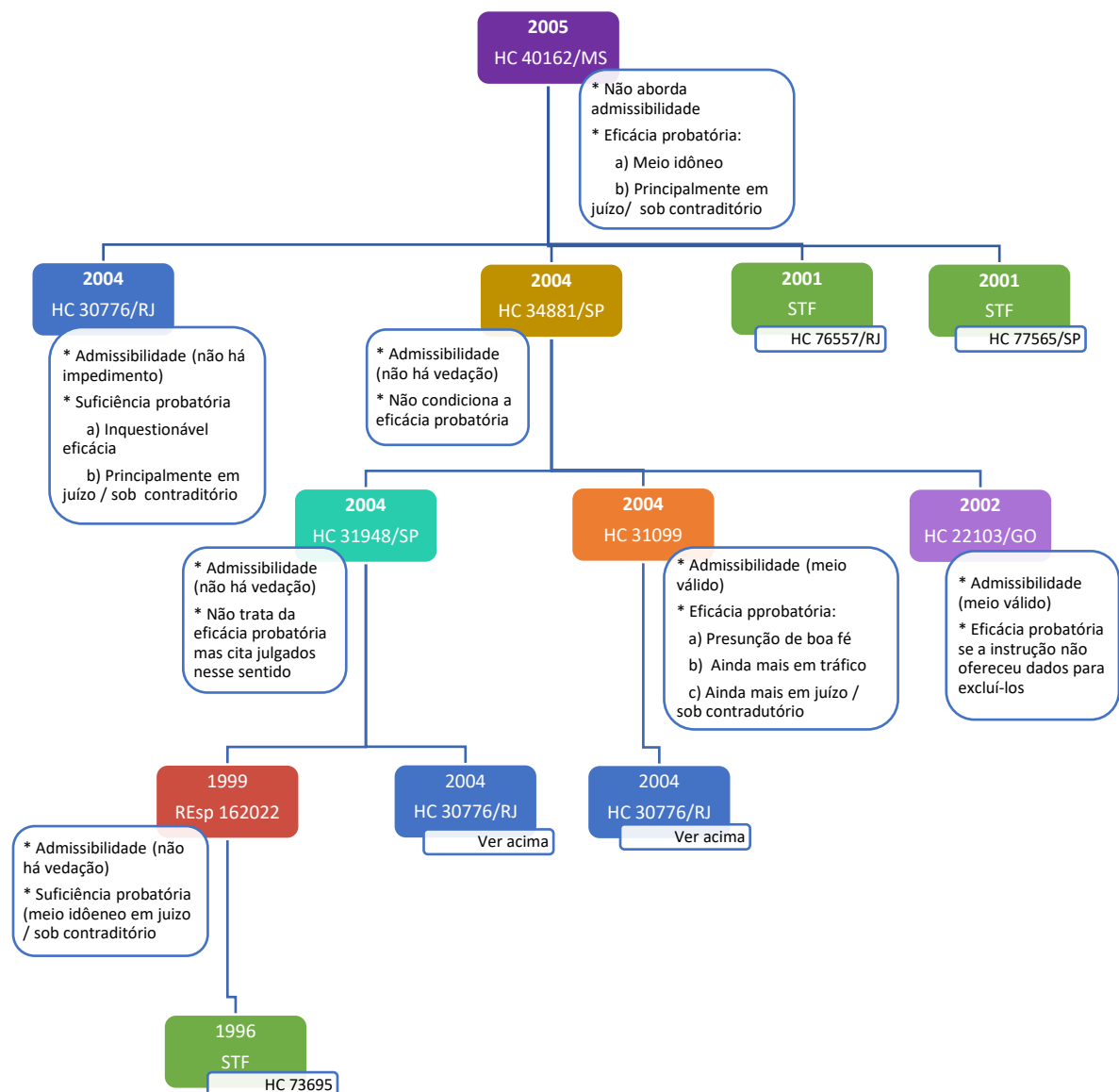


Figura 3: Principais entendimentos sobre testemunhos prestados por policiais nos julgados citados a partir do HC 40162. As decisões do STF serão analisadas adiante.

Para além da racionalidade, se há minimamente um consenso em relação aos critérios de admissibilidade da prova, o mesmo não se pode dizer em relação aos critérios de valoração. As ambiguidades quanto ao que realmente significam termos como “idôneo”, “harmonia com o conjunto probatório”, “provas”, “credibilidade”, dentre outros, torna a valoração extremamente subjetiva, e, portanto, não objetivamente controlável.

A partir daqui cabe uma pequena digressão para explicitar como cheguei a algumas das decisões analisadas no próximo tópico: por meio de um erro que eu mesma cometi e detectei ao reverificar os dados encontrados. Quando as decisões analisadas nesta pesquisa foram inicialmente compiladas, o **HC 31948/SP**, julgado em 07/10/2004, foi omitido da base de dados por engano meu, e, junto com ele, o **REsp 162022/GO**, a decisão mais antiga do STJ sobre o tema aqui analisado, julgada em 16/04/1999 e já analisada neste capítulo. Com isso, por algum tempo, acreditei que a decisão mais antiga em minhas mãos era o HC 22103/GO, julgado em 07/10/2002.

Partindo desse dado equivocadamente, para me certificar de que não havia entendimento do STJ anterior a 2002 sobre o assunto que estivesse sendo deixado de lado por conta da minha escolha aleatória da “”decisão mãe”¹⁵¹, utilizei a ferramenta de busca disponível no site do próprio Tribunal utilizando os mesmos critérios da primeira fase da pesquisa (capítulo 2), alterando apenas o período de busca, que desta vez foi de 01/01/2001 a 31/12/2002.¹⁵² Esses critérios resultaram em 04 decisões¹⁵³, sendo que algumas delas mencionavam julgados do ano de 1999¹⁵⁴, que não remetiam a julgados anteriores nem do STJ nem do STF, incluindo entre eles o já mencionado REsp. 162022/GO, de 16/04/1999, que já constava da amostra oriunda da decisão mãe, embora, por erro meu. eu ainda não soubesse disso.

¹⁵¹ AgRG no AREsp 1204990/MG, DJE 12/03/2018, de onde parti em retrospectiva em busca do primeiro entendimento do STJ sobre o tema dos testemunhos prestados por policiais.

¹⁵² Buscamos por “depoimento adj3 policial”, 01/01/2001 a 31/12/2002 (data de publicação) + plurais + sinônimos. Para explicações sobre o uso do operador “adj3”, ver capítulo 2.

¹⁵³ Foram encontradas 07 decisões, porém três foram excluídas da amostra por não abordarem o tema dos depoimentos prestados por policiais. Duas das excluídas apareceram no resultado da busca somente porque, entre os termos mencionados no “resumo estruturado” constava “depoimento, inquérito policial”, resultado do uso do operador “adj3” – foram elas: REsp 333292/MS, DJ 18/11/2002, e HC 15385/MG, DJ 18/08/2001.

A terceira excluída foi o HC 16774/MS, DJ 25/02/2002, pois, além dos depoimentos policiais, conta com outra prova produzida em juízo, a delação de um corrêu, também questionada pelo paciente. A ordem foi denegada com base na vedação ao reexame de prova em sede de *habeas corpus*, sendo que a questão da valoração propriamente dita dos testemunhos prestados por policiais sequer é discutida.

As 04 decisões selecionadas e analisadas foram: HC 22103/GO, DJ 07/10/2002, já analisado anteriormente; HC 20352/SP, DJ 18/11/2002; HC 13506/RJ, DJ 19/02/2001, que menciona o STF-HC 74522/AC, DJ, 13/12/1996, analisado no tópico 3.2; e RHC 10340/SP, que menciona o HC 8078/RS, DJ 06/09/1999, e HC 9314/RJ, DJ 09/08/99.

¹⁵⁴ HC 9314/RJ, DJ 09/08/1999; HC 8078/RS, DJ 06/09/1999 (que menciona o HC 9314/RJ e também o já citado e analisado REsp 162022/GO, ambos de 1999).

Embora as decisões encontradas com base nesse equívoco não alterem em nada as conclusões a que cheguei sobre a formação do entendimento no STJ, podendo, portanto, ser descartadas, havia entre elas também uma única decisão de 2001 que remetia a um julgado do STF, que por sua vez remetia a outras nove decisões do STF. Por conta dessa decisão, o **HC 13506/RJ** de 2001, optei por revelar meu equívoco e manter a trilha e os julgados que me levaram até ele neste trabalho, pois, caso contrário, a amostra de decisões do STF seria substancialmente reduzida, o que poderia prejudicar a solidez da análise.

3.1.1 Um desvio no caminho

Como descrito no tópico anterior, por conta de um equívoco que cometi na transcrição parcial de alguns dados, acabei optando por efetuar uma busca adicional no site do STJ, busca esta que não estava presente nos meus planos inicialmente. Nessa busca, obtive 04 decisões que tratavam do tema dos testemunhos prestados por policiais no período de 01/01/2001 a 31/12/2001.

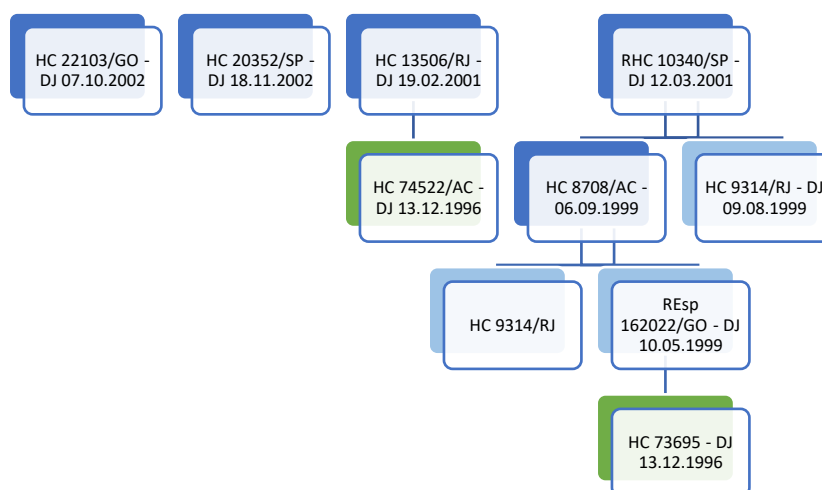


Figura 4: Decisões obtidas a partir da busca por “depoimento adj3 policial” + plurais + sinônimos, no site do STJ no período de 01/01/2001 a 31/12/2002 (publicações). Em azul, as decisões do STJ. As que são citadas mais de uma vez aparecem em azul claro. Em verde, as decisões do STF.

Uma delas foi o HC 22103/GO, que já fazia parte da amostra e foi analisado no tópico anterior. Além dele, encontrei o HC 20352/SP, DJ 18/11/2002¹⁵⁵, que não mencionava decisões anteriores sobre o assunto. O **HC 20352/SP**, DJ 18/11/2002, trata de um caso de roubo, formação de quadrilha e tentativa de latrocínio. O paciente alegou ter sido condenado com base no inquérito policial, visto que foram levadas em conta para a condenação as confissões extrajudiciais dos réus, apesar de retratadas em juízo. A ordem foi denegada em decisão

¹⁵⁵ HC 20352/SP, Rel Ministro Jorge Scartezzinni, Quinta Turma, DJ 18/11/2002.

unânime pela Quinta Turma com base no argumento de que a condenação foi amparada também nos laudos de apreensões e nos depoimentos dos policiais em juízo, tendo as confissões extrajudiciais encontrado respaldo nesses elementos. Não obstante não haja discussão sobre a validade dos depoimentos policiais propriamente ditos, fica claro que foram eles as únicas provas de autoria produzidas em juízo a amparar a condenação do paciente, provas essas consideradas suficientes, se não para justificar por si só a condenação, ao menos para justificar a desconsideração da retratação das confissões extrajudiciais dos réus.

Já entre as decisões que mencionavam julgados anteriores, há o **HC 13506/RJ**, DJ 19/02/2001¹⁵⁶, o principal responsável pela minha decisão de manter no trabalho as decisões encontradas graças ao meu equívoco, pois ele menciona o STF-**HC 74522/AC**, analisado no próximo tópico que trata das decisões do STF. O **HC 13506/RJ** trata de um caso de receptação e associação criminosa. É um acórdão curto e com poucas informações sobre o conjunto probatório que amparou a condenação dos pacientes, trazendo uma série de questões que não são pertinentes para este trabalho, como o reconhecimento de nulidades no inquérito policial e da inexistência de dolo no cometimento do crime, ambos negados pelo Tribunal. Para os fins desta pesquisa nos interessa apenas a questão da valoração do testemunho dos policiais, mencionada expressamente no acórdão, que considera inviável tratá-la em via de *habeas corpus* e lembra que a lei processual não faz qualquer restrição a que policiais sirvam como testemunhas. O relator salienta também que tais depoimentos foram tomados em juízo, sob o crivo do contraditório, e encerra citando a já referida decisão do STF, segundo a qual:

(...) A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional, na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. (**HC 74.522/AC**, Relator Ministro Maurício Corrêa, in DJ 13/12/96).

Por fim, dentre as quatro decisões encontradas, há o **RHC 10340/SP**, DJ 12/03/2001¹⁵⁷, que menciona duas decisões de 1999, ano mais antigo em que encontrei decisões sobre o tema no STJ. Trata-se de um recurso em *habeas corpus* visando que o paciente pudesse recorrer em liberdade da decisão que o condenou por tráfico de drogas. Além de ausência de fundamentação em relação à negativa do benefício, de acordo com o acórdão, a defesa sustentou que sentença seria nula pois baseada em provas insuficientes para acarretar a condenação, uma vez que

¹⁵⁶ HC 13506/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 19/02/2001.

¹⁵⁷ RHC 10340/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 12/03/2001 – desprovido por decisão unânime da Turma.

somente policiais teriam servido como testemunhas. No tocante a essa suposta insuficiência de provas, o relator afirma que a mesma não procede, pois “a condenação baseada em depoimentos de policiais não se encontra eivada de vício, uma vez que todas as declarações foram devidamente confirmadas em juízo. Ressalte-se que o seu reexame, que demanda profunda análise cognitiva, é inviável na via estreita escolhida”¹⁵⁸. Nesse sentido, menciona em seu voto a ementa do HC 8708/RS, DJ 06/09/1996, e trecho do voto do relator no HC 9314/RJ, DJ 09/08/1999. São eles:

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. NULIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA, CONFIRMAÇÃO DA PROVA EM JUÍZO. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. INEXISTÊNCIA DE MÁCULA.1 - Aferir se a condenação por tráfico de drogas, fundada exclusivamente em depoimentos de policiais, é ou não nula, demanda incursão na seara fático-probatória, tarefa não condizente com a via eleita, angusta por excelência, mesmo porque já fixado por esta Corte a validade daquela prova testemunhal, se foi ela confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório. 2 - Ordem denegada. (HC 8708/RS, Rel Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJU 06/09/1999)

Melhor sorte não socorre a alegação de que a sentença condenatória é nula porquanto baseada em depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante. É que tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante. Todavia, a despeito dessas considerações, tenho que o habeas- corpus, em razão do seu rito processual estreito, que não comporta dilação probatória, não é remédio adequado para o debate sobre validade de sentença porque fundada em depoimentos policiais. (HC 9314/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU 09/08/1999)

Tanto o HC 8708/RS quanto o HC 9314/RJ tratam de casos de tráfico de drogas e foram julgados em 1999. No **HC 8708/RS**¹⁵⁹, segundo o acórdão, o paciente alega que sua condenação é nula, pois baseada apenas em depoimentos de policiais, ferindo os princípios constitucionais de contraditório e de ampla defesa. Para o relator, todavia, o pedido não merece acolhida, pois, além de demandar incursão na seara fático-probatória, o que não seria possível em via de HC, o STJ já teria fixado a validade da condenação calcada em depoimentos de policiais se a prova foi confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório. Nesse sentido, menciona como precedentes o REsp 162022/GO, analisado no tópico anterior, e o HC 9314/RJ, também

¹⁵⁸ RHC 10340/SP, p. 04.

¹⁵⁹ HC 8708/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 06/09/1999.

mencionado na decisão de onde obtive o HC 8708/RS. A ordem foi denegada por unanimidade pela Turma.

No **HC 9314/RJ**¹⁶⁰, por sua vez, o paciente alega, além de outras questões processuais, que sua condenação se baseou em prova ilícita, obtida por meio de invasão a seu domicílio, bem como em depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram o flagrante. No entendimento do relator, entretanto, a situação de flagrante bem como o fato de a porta estar aberta autorizariam a entrada dos policiais no domicílio. Quanto aos depoimentos dos policiais, como consta da citação direta mencionada anteriormente e no mesmo sentido do HC 8708/RS, o relator afirma que doutrina e jurisprudência consideram idônea essa prova quando reafirmada em juízo, com observância do contraditório, e que, a despeito disso, debater sobre a validade da sentença por conta disso demandaria dilação probatória, inviável na via do *habeas corpus*, sendo assim o mesmo negado por unanimidade.

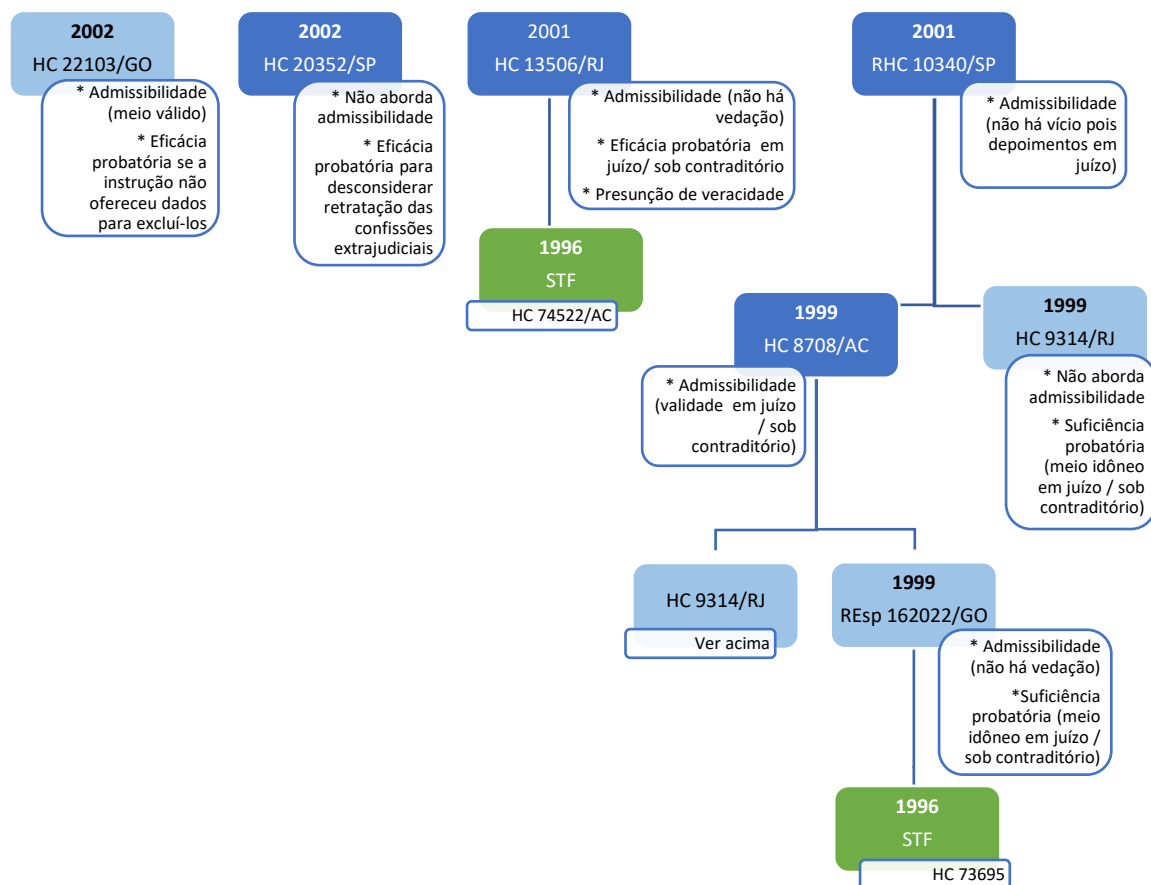


Figura 5: Principais entendimentos sobre testemunhos prestado por policiais nas decisões obtidas a partir da busca por “depoimento adj3 policial” + plurais + sinônimos, no site do STJ no período de 01/01/2001 a 31/12/2002 (publicações). Em azul, as decisões do STJ, sendo em azul claro as que aparecem mais de uma vez na amostra. Em verde, as decisões do STF.

¹⁶⁰ HC 9314/RJ, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 09/08/1999.

Como afirmei anteriormente, a análise dessas cinco decisões não modifica em nada as conclusões do tópico anterior, pelo contrário, só as reforçam.

3.2 A busca pela origem do precedente no STF

Como já mencionado no capítulo 2, as competências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, estabelecidas Constituição da República¹⁶¹, determinam que, em se tratando de matéria probatória prevista no Código de Processo Penal, os recursos são passíveis de análise pelo STJ; já se a discussão perpassa garantias constitucionais, cabe ao STF decidir o assunto. Todavia, não obstante o STF e o STJ possuam diferentes competências em relação às matérias passíveis de análise em sede de recurso, foi com base na jurisprudência do primeiro que algumas das decisões que analisamos no tópico anterior foram fundamentadas. A convergência das matérias deu-se graças ao tratamento do tema da valoração dos depoimentos policiais pelos dois tribunais em sede de *habeas corpus*.

O *habeas corpus* está previsto no art. 5º, LXVIII, da CF, sendo cabível “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, devendo ser interposto ao órgão hierarquicamente superior ao responsável pelo constrangimento ilegal. Os artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal também dispõem sobre a concessão do *habeas corpus*:

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

¹⁶¹ Conforme artigo 102 da CF, compete ao STF: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

No artigo 105, a CF determina que compete ao STJ: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Segundo Lopes Jr.¹⁶², o *habeas corpus* também pode ser utilizado como instrumento de *colateral attack*, ou seja, como via alternativa de ataque aos atos judiciais, como recebimento da denúncia ou queixa-crime ou até mesmo contra a sentença transitada em julgado, não se limitando aos casos de prisão, nos quais a liberdade de locomoção está mais evidentemente ameaçada. Não obstante a limitação da cognição do HC¹⁶³, no qual não se admite dilação probatória, a discussão sobre a licitude ou ilicitude de uma prova é perfeitamente cabível, como já argumentamos anteriormente, ao tratarmos da diferença entre reexame e reavaliação da prova e das súmulas que vedam o reexame de provas tanto no STJ quanto no STF.

Em tese, o STF somente julga *habeas corpus* nos casos de sua competência originária (prerrogativa de função) ou quando o ato coator emanar de um Tribunal Superior (STJ, TSE, STM e TST); todavia, a delimitação aos tribunais superiores só ocorreu após a EC 22/1999, sendo objeto de discussão nas decisões do próprio STF pelo menos até 2006¹⁶⁴. Graças a isso, dentre os *habeas corpus* julgados pelo STF e mencionados pelo STJ para fundamentar suas próprias decisões no tópico anterior¹⁶⁵, há os que foram impetrados contra decisões de tribunais estaduais.

Durante a análise desses *habeas corpus*, prossegui da mesma forma que em relação às decisões do STJ, buscando quais julgados eram mencionados na fundamentação da decisão de forma retrospectiva. Por exemplo, o STJ-HC 13506/RJ, de 19/02/2001 e analisado no tópico anterior, mencionava o STF-HC 74522/AC, que, por sua vez, mencionava o STF-HC 73518/SP, que mencionava jurisprudência publicada na Revista dos Tribunais, de forma que analisei todos eles até que as decisões citadas não fossem mais do próprio STF, mas sim dos tribunais estaduais – sim, ao fim disso tudo, temos os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidindo e criando precedentes para todo o país, precedentes que perduram há pelo menos 50 anos, conforme o entendimento dos tribunais de justiça estaduais¹⁶⁶.

¹⁶² LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1131-1132.

¹⁶³ Por tratar-se de ação de procedimento sumário, a cognição é limitada no *habeas corpus*, não se admitindo uma ampla discussão probatória. (LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P.1121).

¹⁶⁴ LOPES JR., Aury, *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1136-1137; nota de rodapé 39.

¹⁶⁵ Foram eles: STF-HC 77565/SP e STF-HC 76557/RJ, ambos mencionados no STJ-HC 40162/MS; e STF-HC 74522/AC, mencionando no STJ-HC 13506/RJ.

¹⁶⁶ Adiante, no capítulo 4, voltaremos a esse ponto para discutir se essa jurisprudência corresponde de fato a um precedente, conforme entendimento da doutrina, e se a menção à jurisprudência dos tribunais estaduais na motivação das decisões do STF é cabível.

Ao todo analisei 17 acórdãos¹⁶⁷, sendo 11 referentes a decisões do próprio STF, e os 06 restantes referentes a decisões de tribunais estaduais mencionadas nos acórdãos do STF. Dentre os acórdãos do STF, as decisões mais recentes são de 2001 (julgados do STF mencionados nas decisões do STJ analisadas no tópico anterior), e a mais antiga de 1973. Dentre as decisões dos tribunais estaduais, a mais recente é de 1987, e a mais antiga é de 1971.

Todos esses acórdãos foram encontrados durante a busca pela formação do precedente sobre testemunhos de policiais no STJ, sendo oriundos de três decisões desse tribunal, analisadas no tópico anterior: STJ-HC 40162/MS, j. 08/03/2005; STJ-HC 13506/RJ, j. 19/02/2001; e STJ-REsp 162022/GO, j. 16/04/1999.

3.2.1 Seguindo a trilha do STJ-REsp 162022/GO: da admissibilidade à suficiência probatória

O STJ-REsp 162022/GO, de 1999, menciona um único julgado do STF, e por isso começo por ele. O julgado em questão é o **STF-HC 73695/RS**¹⁶⁸, de 1996. Uma observação importante é a de que esse *habeas corpus* não é citado pelo próprio relator em seu voto, mas pelo Ministério Público em seu parecer, o qual foi transcrito parcialmente no voto, incluindo o trecho contendo a referência à decisão do STF. Sobre esse parecer, o Ministro Vicente Leal diz: “Tenho como incensurável a análise judiciosamente exposta pela ilustre representante do Ministério Público Federal, cujos termos incorporo a este voto, adotando-a como razão de decidir.” (grifo meu). Uma vez que o parecer do MP foi adotado como *ratio decidendi*, entendi ser necessário que a jurisprudência citada nesse mesmo parecer fizesse parte da amostra

O REsp 162022, já analisado no tópico 2, trata de um caso de tráfico de drogas em que o acusado foi inocentado em segunda instância pelo tribunal estadual, que entendeu que os testemunhos policiais por si só não eram suficientes para ensejar a condenação. O Ministério Público recorreu e teve acolhida sua argumentação pelo STJ, que restaurou a sentença condenatória do juízo de primeiro grau argumentando que tais depoimentos seriam sim suficientes, e que, no caso em tela, ainda guardaram harmonia com a confissão extrajudicial do

¹⁶⁷ Para uma representação gráfica dos acórdãos analisados, ver figuras nos tópicos a seguir, todas disponíveis no APÊNDICE. As decisões do STF foram: HC 77565/SP - DJ 02.02.2001; HC 76557/RJ - DJ 02.02.2001; HC 73695/RS - DJ 13.12.1996; HC 74522/AC - DJ 13.12.1996; HC 73518/SP - 18.10.1996; HC 73000/RJ - DJ 02.02.1996; HC 71422/DF - DJ 27.06.1995; HC 67648/PR - DJ 09.11.1990; RHC 66359 - DJ 14.10.1988; RT 537/387 (STF - RHC 56801-7/RJ, j. 16.02.1979); RTJ 68/64 (STF-HC 51577/SP, j. 06.11.1973). Já as decisões dos tribunais estaduais foram: RT 616/286 (TJSP Ap. 48.488-3, j. 15.12.86); RT 609/394 (TJSC Ap. 21.346, j. 31.3.86); RT 604/407 (TJMG Ap. 17.261, j. 26.02.85); RT 595/423 (TJRJ Ap. 10.320, j. 5.5.83); RT 594/392 (TJMS Ap. 952/84, j. 5/12/84); RT 433/386 (TJSP Ap. 112.097, j. 20.09.71).

¹⁶⁸ STF-HC 73695/RS, DJ 13/12/1996. Segunda Turma. Rel. Min Marco Aurélio. Julgado em 14/11/1996.

réu, negada em juízo. Para complementar sua própria argumentação, o relator incorporou o parecer do MP ao seu voto, adotando-o como razão de decidir, como já mencionado.

Do trecho do parecer do MP transcrito pelo relator consta a ementa do STF-HC 73695, de 1996. Observe-se que, enquanto o REsp 162022 tratava do aspecto da eficácia probatória, atribuindo até mesmo suficiência probatória aos depoimentos dos policiais, o HC 73695 restringe-se à questão da admissibilidade. Como consta na própria ementa citada pelo MP, “a ordem jurídica em vigor agasalha a possibilidade de policiais que participaram de diligência virem a prestar depoimento, arrolados pela acusação”.

A leitura do inteiro teor do acórdão do HC 73695 confirma essa interpretação. Trata-se de caso de tráfico de drogas em que a droga foi encontrada fora da residência da ré, tendo os policiais testemunhado que a viram

jogando a droga pela janela antes de entrarem na casa. O relator limita-se a tratar da admissibilidade de tais depoimentos, afirmando que os policiais não estavam impedidos de depor. Embora não use termos como admissibilidade,

validade ou eficácia probatória, é possível depreender da leitura que, no tocante à valoração probatória, o relator opta por confiar no exame da prova feito pelo tribunal estadual, argumentando não ser possível o revolvimento de prova na via estreita do *habeas corpus*.¹⁶⁹

É improvável que o Ministro relator do REsp 162022 tenha chegado a ler o inteiro teor da decisão, uma vez que adotou o parecer do MP que citava apenas a ementa como razão de decidir. Ressalte-se que a argumentação do MP foi no sentido de defender não só a admissibilidade, mas também a presunção de veracidade e a eficácia probatória de tais depoimentos, combatendo o argumento de que “tais testemunhos são desprovidos de valor”. Todavia, para corroborar essa tese da eficácia probatória, citou uma decisão anterior que tratava de admissibilidade, invocando o argumento de autoridade ao afirmar que as Cortes Superiores há muito vinham prestigiando tal entendimento.

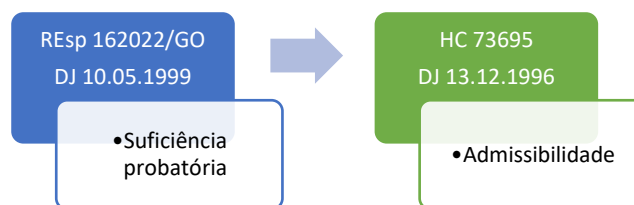


Figura 6: Trilha do STJ ao STF a partir do REsp 162022, analisado anteriormente. Em azul, decisão do STJ; em verde, decisão do STF.

¹⁶⁹ Esse mesmo entendimento em relação à vedação ao reexame de provas, adotado tanto no STJ quanto no STF, não impediu que as decisões dos dois tribunais formassem jurisprudência sobre a eficácia probatória dos depoimentos prestados por policiais, uma vez que os ministros não deixaram de construir ou reproduzir teses a respeito ainda que fizessem a ressalva de que não entrariam no reexame das provas. O HC 73695 resta como exceção em que não se trata do aspecto da eficácia probatória tendo como justificativa a vedação ao reexame de provas.

Como veremos adiante, dentro da amostra que analisada neste trabalho, é a partir de outubro 1996 que a tese de presunção de veracidade passa a ser utilizada no STF, com cinco de seis decisões anteriores a essa data tratando apenas de admissibilidade. Não obstante a presunção de veracidade implique suficiência probatória, a ideia expressa de que tais depoimentos seriam suficientes só aparece no STF em 2001. Todavia, como podemos observar pelo REsp 162022, de 1999, a tese de suficiência probatória já operava antes no STJ, e também nos tribunais estaduais, tendo sido recepcionada pelo STF posteriormente, ao que tudo indica, a partir da influência, dos tribunais estaduais – tanto por sua jurisprudência quanto pela referência a acórdãos recorridos.

3.2.2 Seguindo a trilha do STJ-HC 40162/MS: da admissibilidade à idoneidade

O STJ-HC 40162/MS de 2005, já analisado no tópico 3.1, menciona dois HCs julgados no STF em seus fundamentos, o STF-HC 77565/SP¹⁷⁰, de 2001, e o STF-HC 76557/RJ¹⁷¹, também de 2001. O acórdão do primeiro não menciona nenhuma outra decisão, mas o segundo menciona três outros HCs julgados pelo STF, que por sua vez mencionam outras decisões, incluindo decisões de tribunais estaduais, sendo a mais antiga delas de 1971.

¹⁷⁰ STF-HC 77565/SP, DJ 02/02/2001. Segunda Turma. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgado em 20/09/1998.

¹⁷¹ STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/1998.

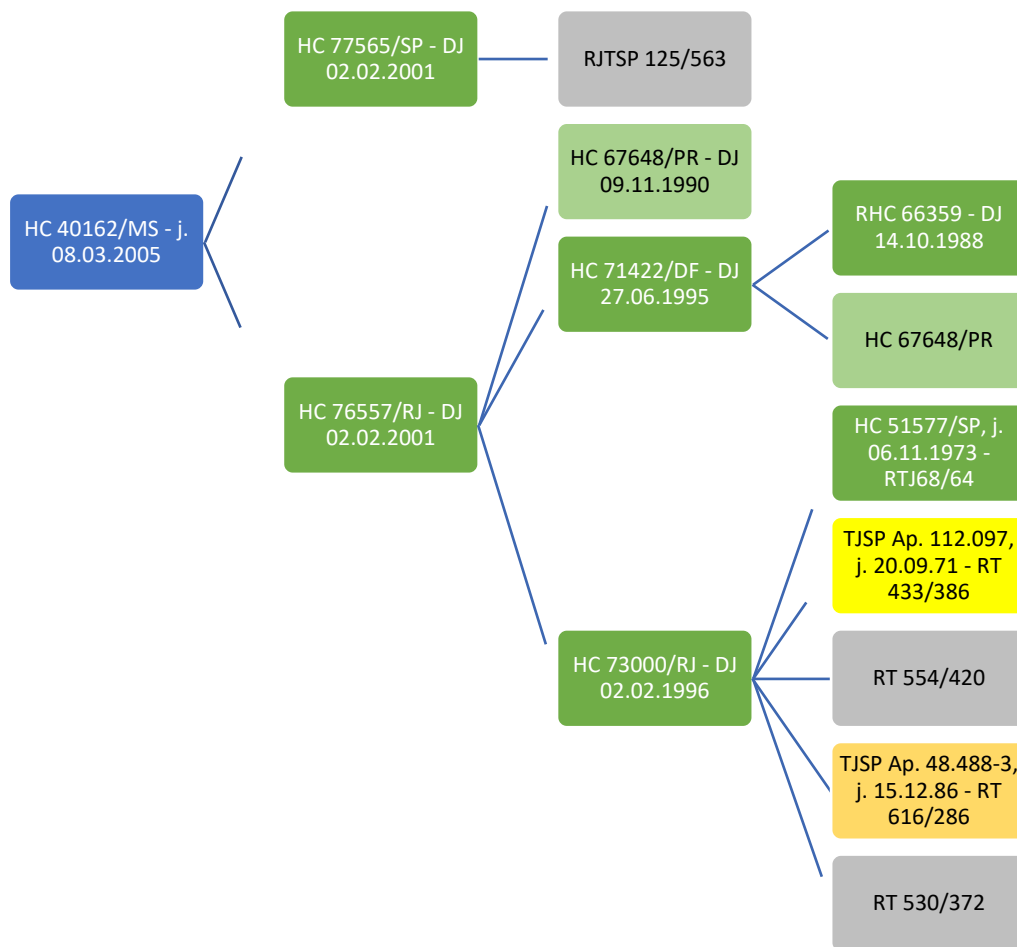


Figura 7: Trilha do STJ ao STF a partir do HC 40162. Em azul, decisão do STJ. Em verde, decisões do STF; sendo em verde claro as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em amarela, as decisões dos tribunais estaduais; sendo em laranja as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza estão as decisões estaduais às quais não tive acesso¹⁷².

A decisão de 1971 (**Ap. 112097**) é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e trata de um caso de tráfico de drogas, uma decisão curta que não se remete aos fatos do caso. Nela atribui-se uma presunção de veracidade aos “informes que em documentos oficiais” os policiais oferecem à Justiça, em referência à prova testemunhal prestada pelos mesmos¹⁷³.

Os servidores públicos, inclusive agentes policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, a presunção de que agem escorreitamente, não se podendo efetivamente presumir que os informes que em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça sejam

¹⁷² Os números 530 e 534 da *Revista dos Tribunais* não estavam disponíveis na biblioteca da UFBA, única a qual tive acesso durante a pesquisa, sobretudo por conta da pandemia.

¹⁷³ Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019) menciona que, antes da promulgação do atual CPP, alguns códigos estaduais previam que o inquérito policial deveria ser incorporado ao processo, “merecendo valor até prova em contrário”. Para o autor, a ideia de que os elementos de informação produzidos no inquérito policial possuem presunção de veracidade no contexto do processo penal teria uma provável origem aí.

ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes (Julgados do Tribunal de Alçada Criminais¹⁷⁴, vol. 8/24)¹⁷⁵.

Em 1986, quinze anos depois, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratando dos testemunhos prestados por policiais (**Ap.48.488-3**), em um caso de tráfico de drogas em que essa não era a única prova a fundamentar a condenação, posiciona-se no sentido que “os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição”. Nesse caso, o acórdão informava a existência de testemunhas civis “prudently convocadas pelos policiais para assistirem à prisão e à apreensão do fardo material entorpecente”, sendo o depoimento de uma dessas testemunhas citado expressamente no acórdão. O acórdão conclui que:

(...) não se pode presumir nos policiais ouvidos como testemunhas a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública nessa modalidade, asseverando, sem ser verdade, que a substância entorpecente foi encontrada em seu poder. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, cujos depoimentos são uniformes desde a fase inquisitorial.¹⁷⁶

Observe-se que, quando o acórdão utiliza a expressão “presunção de idoneidade”, ele não faz referência à classe policial em geral. Está sim se referindo especificamente aos policiais que serviram como testemunhas nesse caso, “cujos depoimentos são uniformes desde a fase inquisitorial” e foram confirmados pelas testemunhas civis. Ademais, essa presunção é a mesma atribuída aos “testemunhos em geral”.

Na década anterior, em 1973, o Supremo Tribunal Federal decidia sobre os depoimentos prestados por policiais no **STF-HC 51577/SP**¹⁷⁷, um caso no qual, segundo o acórdão, as únicas testemunhas ouvidas em juízo foram policiais, mas a condenação amparou-se também na confissão extrajudicial do paciente e nos depoimentos dos corréus, também prestados durante o inquérito policial. Aqui prevaleceu a tese de harmonia do conjunto probatório, com os depoimentos dos policiais em juízo em consonância com os demais “elementos probatórios”, ou seja, os elementos de informação colhidos durante o inquérito.

¹⁷⁴ O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo foi uma instância do poder judiciário paulista extinta após a EC 45/04, sendo seu corpo de magistrados integrado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹⁷⁵ TJSP - Apelação criminal n. 112.097, j. 20.09.1971, rel. Des. Felizardo Calil. Disponível da Revista dos Tribunais, n. 433, p. 386. (Citada no STF-HC 73000/RJ, DJ 02/02/1996).

¹⁷⁶ TJSP - Ap. 48.488-3 – 1ª. C. – j. 15.12.86 – rel. Des. Jarbas Mazzoni. Disponível na Revista dos Tribunais, n. 616, p. 286.

¹⁷⁷ STF-HC 51577/SP, julgado em 06/11/1973, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin. Publicado na Revista Tribunal de Jurisprudência, n. 68, p. 64, digitalizada e disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/068_1.pdf

A legitimidade de basear-se a condenação em depoimentos de investigadores – que descreveram o ocorrido ‘de forma coerente e segura’, em consonância com mais elementos probatórios colhidos no processo – é indisputável. Aquela qualidade funcional não tornava as testemunhas impedidas de depor ou de tal forma defeituosas que seus depoimentos houvessem de ser tidos como inúteis. E de flagrante preparado – ou melhor, de crime de ensaio ou experiência – nada existe que o revele na espécie.

Temos então:

- a) uma decisão do TJSP de 1971 que trata da presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais em virtude de serem agentes públicos, estendendo equivocadamente um atributo do ato administrativo à prova no processo penal;
- b) uma decisão também do TJSP de 1986, que afirma que a “normal credibilidade” atribuída aos testemunhos em geral também deve ser atribuída aos relatos dos policiais, a menos que haja razão concreta para suspeição – como ocorre com os testemunhos em geral – e que naquele caso específico nada havia que dissolvesse presunção de idoneidade desses depoimentos, que se mantiveram coerentes desde a fase inquisitorial e que foram confirmados por testemunhas civis;
- c) uma decisão do STF de 1973, que também conta com outros elementos probatórios, por mais que questionemos esses elementos do ponto de vista das garantias constitucionais, e que afirma que os policiais não estão impedidos de depor e que é legítimo basear a condenação em seus depoimentos nesse caso, pois os mesmos “descreveram o ocorrido ‘de forma coerente e segura’, em consonância com demais elementos probatórios colhidos no processo”.

As ementas desses três julgados, um do STF e dois do TJSP, foram mencionadas pelo Ministério Público em seu parecer¹⁷⁸ no **STF-HC 73000/RJ**¹⁷⁹, DJ 02/02/1996, sendo esse

¹⁷⁸ O referido parecer também menciona trechos de duas decisões retiradas de volumes da Revista dos Tribunais aos quais não tive acesso pois não estavam disponíveis na biblioteca da UFBA. Desses trechos, é possível depreender que as duas tratam da admissibilidade do depoimento prestado por policiais, sendo que uma delas ressalta que esses depoimentos devem ser avaliados no contexto do conjunto probatório. São elas, como citado no parecer:

“É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global probatório.” – RT 530/372 (TACRSP)”.
“Ementa oficial: ‘Habeas corpus’. Testemunhas policiais. Ordem denegada. A condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.” – RT 554/420 (TJPR)”.

¹⁷⁹ STF-HC 73000/RJ, DJ 02/02/1996. Segunda Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa.

parecer acolhido integralmente pelo relator em seu voto¹⁸⁰, com o qual concordou unanimemente a Segunda Turma. Trata-se de um caso de tráfico de drogas em que, conforme relatório do acórdão aqui analisado, dentre os pedidos da defesa encontrava-se a “nulidade da sentença que deixou de considerar elementos contidos na defesa, considerando tão-somente a acusação oferecida pelo MP, bem como os depoimentos coligidos em sede distrital, configurando a inexistência do contraditório judicial”. Segundo o parecer do MP acolhido pelo relator, a defesa pretendia a anulação do processo alegando “flagrante forjado e nulo, inépcia da denúncia e ausência de prova suficiente e isenta, impugnado, por suspeitos, os depoimentos dos policiais federais que participaram da prisão do paciente”. O MP opinou pela denegação da ordem, alegando que vícios do inquérito não contaminam a ação penal, que o HC não é a via processual adequada para rever o mérito da condenação, que não cabe alegação de inépcia da denúncia após condenação, e que, no tocante aos depoimentos policiais, “o simples fato de ser policial não revela suspeição, nem é caso de impedimento”.

Da mera leitura do acórdão, cuja redação não foi das mais felizes, fica difícil analisar sequer se a defesa e o MP estavam falando sobre a mesma coisa. Enquanto a defesa parece questionar a legalidade de uma condenação baseada em depoimentos colhidos durante a fase inquisitorial, e, portanto, sem o crivo do contraditório, o MP fala de vícios do inquérito e inépcia da denúncia, além de alegar que não é possível rever o mérito da condenação em sede de HC. Dessa leitura tortuosa, temos ainda a alegação do MP de que os policiais não estão impedidos de testemunhar, nem são suspeitos pelo simples fato de serem policiais, o que está bem longe de ser suficiente para eliminar o problema do contraditório, mas vamos nos ater ao que é possível analisar.

Ao que tudo indica, não há nenhuma outra prova além dos depoimentos dos policiais, tenham sido eles prestados em juízo ou não. O MP limita-se a alegar que ser policial não torna ninguém suspeito ou impedido de testemunhar, e cita julgados que, pela mera leitura da ementa, dão a entender que atrelam expressões como “legitimidade da condenação” e “presunção de idoneidade” a depoimentos prestados sob o crivo do contraditório e corroborados por outras provas, o que não parece ter ocorrido no caso discutido neste HC – para não falar do julgado que nem tratava de prova testemunhal. As decisões mencionadas pelo MP para defender a força probatória dos depoimentos prestados pelos policiais, e acolhidas pelo relator juntamente com o parecer e sem qualquer argumentação própria, tratam de casos em que esses depoimentos não

¹⁸⁰ Como já dito anteriormente em relação a outro caso, uma vez que o parecer do MP foi adotado *como ratio decidendi*, entendi ser necessário que a jurisprudência citada nesse mesmo parecer fizesse parte da amostra analisada neste trabalho.

eram a única prova a amparar a condenação, ou em que não foi possível verificar a situação fática em questão – algo que só se percebe ao se ler e copiar mais do que apenas a ementa¹⁸¹.

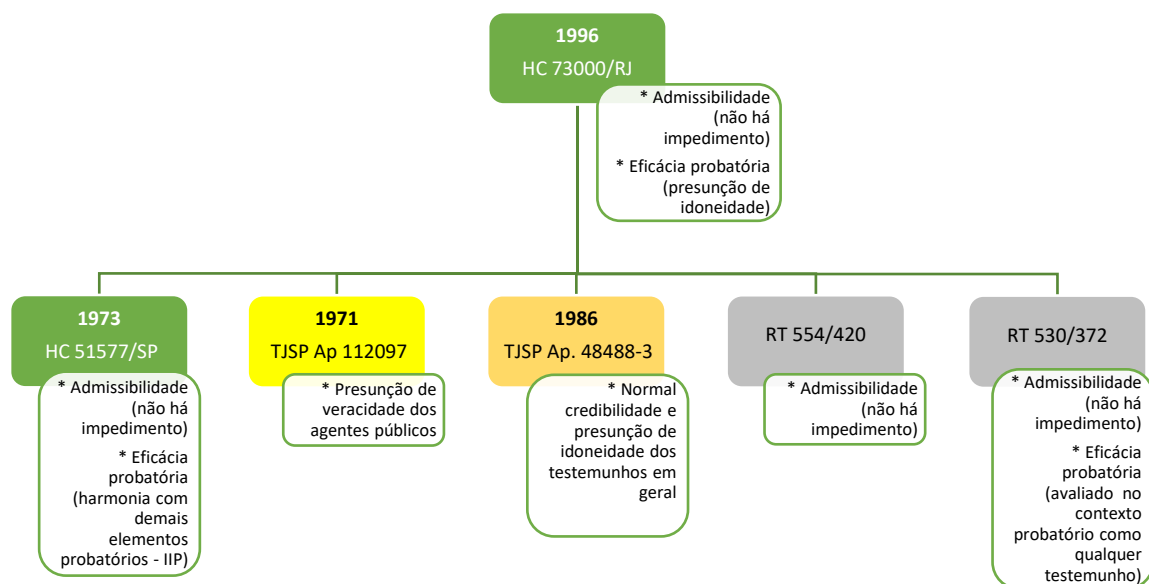


Figura 8: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 73000/RJ, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde, decisões do STF. Em amarelo, decisões dos tribunais estaduais, sendo em laranja as decisões estaduais que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza, as decisões estaduais às quais não tive acesso, sendo seus principais pontos levantados a partir das ementas citadas no HC 73000.

Essa decisão de qualidade discutível – o HC 73000 – foi, todavia, uma das três mencionadas pelo próprio STF no HC 76557/RJ de 2001, onde novamente podemos ver as ideias de não impedimento e de presunção de idoneidade se transformarem em sinônimo de suficiência probatória, mas desta vez numa decisão clara, bem escrita e com direito a voto divergente.

Em 2005, o STJ citaria o STF-HC 76557/RJ na fundamentação do STJ-HC 40162/MS, utilizando o termo *idôneo* não mais apenas no sentido de *passível de credibilidade*, mas no sentido de *suficiente para a condenação*, “principalmente quando tomados em juízo”.

Voltando ao HC 76557/RJ, nele são mencionados o HC 73000/RJ de 1996, que acabamos de analisar, e também o HC 67648/PR¹⁸² de 1990, e o HC 71422/DF¹⁸³ de 1995. O

¹⁸¹ O parecer também menciona trechos de julgados da Revista dos Tribunais n. 530 e 554, mas não foi possível analisar esses acórdãos em sua inteireza devido ao fato de os referidos números da revista não estarem disponíveis na biblioteca da UFBA, única a qual pudemos ter acesso durante a pandemia. Transcrevemos aqui os mesmos, como aparecem no STF-HC 73000/RJ:

“É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global probatório” – RT 530/372.

“A condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita” - RT 554/420.

¹⁸² STF-HC 67648/PR, DJ 09/11/1990. Tribunal Pleno. Rel. Min. Aldir Passarinho. Julgado em 19/12/1989.

¹⁸³ STF-HC 71422/DF, DJ 27/06/1995. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 27/06/1995.

mais antigo deles, o **HC 67648/PR**, de 1990, trata de um caso de roubo em que houve confissão extrajudicial e também reconhecimento da vítima. Novamente, não vou adentrar a discussão sobre a qualidade dessas provas ou elementos de informação, mas me abster a observar que o conjunto probatório abarcava mais do que apenas depoimentos de policiais no tocante à autoria. Neste caso, pretendia a defesa que o ato de prisão em flagrante fosse invalidado devido ao fato de que o condutor dessa prisão serviu de testemunha. O HC também tratava de outras questões, como participação de menor importância e capacidade postulatória, mas não adentrava a questão da suficiência probatória pelo simples fato de que insuficiência de provas não era um dos pontos levantados pela defesa. No tocante ao depoimento do condutor, o Ministro relator afirma que “não há irregularidade no fato de o condutor da prisão em flagrante ter servido de testemunha, pois, segundo a orientação dessa Excelsa Corte, a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita”. Trata-se, portanto, de uma decisão que discute se é possível ou não que policiais sirvam com testemunhas. Não há qualquer discussão sobre a qualidade ou suficiência dessa prova, mas apenas sobre a sua validade.

Já no **HC 71422/DF**, de 1995, podemos ver a confusão entre as dimensões de validade e eficácia da prova aparecer. Da leitura do acórdão, é possível depreender que a defesa dos pacientes não questiona a validade dos depoimentos dos policiais, mas alega cerceamento de defesa por diversos motivos¹⁸⁴. Para a defesa, a condenação dos pacientes com base tão somente nos depoimentos dos policiais quando havia possibilidade de produção de outros meios de prova, possibilidade essa negada aos réus, constituiria cerceamento de defesa. O Relator, em seu voto, amparado nas decisões recorridas, combate a ideia de que tenha havido cerceamento de defesa – se com sucesso ou não, é outra discussão – e conclui levantando uma questão que, segundo seu próprio relatório, não havia sido trazida pela defesa: a eficácia probatória dos depoimentos de policiais. Como já dito anteriormente, a defesa sequer questionava a validade

¹⁸⁴ “Alega o impetrante, em síntese: a) que os pacientes foram vítimas de prisão arbitrária e de flagrante forjado, em virtude de denúncia de pessoa encontrada sob efeito de droga de que o entorpecente havia sido fornecido pela primeira paciente; b) que, como os autos de prisão em flagrante dos pacientes e da pessoa que denunciara a primeira paciente foram distribuídos a Varas distintas, contrariando o princípio de que a conexão implica a unidade do processo e julgamento, opôs exceção de incompetência, para que ambos os processos fossem julgados pela 1ª Vara de Entorpecentes, pedido que foi indeferido pelo Juízo da 2ª vara de Entorpecentes; c) que, por ter o magistrado, em despacho alegado que não tivera boa impressão da paciente, usando, na oportunidade, a expressão ‘cinismo’, requereu fosse riscada tal expressão e, à vista da negativa, opôs exceção de suspeição, que veio a ser rejeitada liminarmente pelo Desembargador Relator. Dessa decisão, houve agravo regimental, a que foi negado provimento, por unanimidade; d) que a Segunda Turma Criminal do TJ/DF também negou provimento ao recurso de apelação que foi interposto em favor dos pacientes; e) que, paralelamente à instrução judicial, a polícia continuou a ouvir testemunhas, perquirindo a origem de documentos apreendidos no flagrante forjado. A defesa sequer foi intimada da juntada desses depoimentos, o que constitui prejuízo para a defesa; f) que, ainda com prejuízo para a defesa, não foi feita a requisição de documentos de interesse para provar que os policiais fizeram falsas acusações contra a paciente.”. (HC 71422/DF, p. 376-377)

desses depoimentos, que dirá a sua eficácia probatória em abstrato. Todavia, o Ministro Relator, confundindo os aspectos validade e eficácia, e escapando à questão do cerceamento de defesa, afirma em seu voto que:

Quanto à alegação de que a valoração atribuída pelo Juízo aos depoimentos dos policiais que participaram das diligências constitui cerceamento de defesa, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de que ‘no tocante à prova testemunhal, o simples fato de as testemunhas serem policiais não invalida, por si só seu depoimento.’ (RHC 66.359, Rel. Min. Moreira Alves, ‘DJ’ de 14.10.88).¹⁸⁵

O **RHC 66359**¹⁸⁶ de 1988, trata de um caso de tráfico de drogas em que, segundo o relatório do acórdão, a defesa alegava, dentre outras coisas, que a sentença recorrida se apoiava em “depoimentos imprestáveis”, pois prestados por policiais. Em seu voto, o relator aborda tanto o aspecto da validade/admissibilidade ao afirmar que o simples fato de as testemunhas serem policiais não invalida seus depoimentos. O relator afirma ainda, como argumento favorável à manutenção da condenação, que não havia ficado demonstrado que a sentença teria se baseado apenas nos depoimentos dos policiais – embora, ressalte-se, o acórdão não mencione quaisquer outras provas de autoria. Ou seja, no tocante à eficácia probatória, o relator deixa em aberto a questão de se esses depoimentos poderiam ser considerados suficientes caso constituíssem as únicas provas.

O HC 71422 também cita em sua fundamentação o HC 67648/PR, que, como acabamos de ver, limita-se a discutir a validade/admissibilidade da prova testemunhal prestada por policiais.

Essas duas decisões, os HCs 71422 e 67648, juntamente com o HC 73000, são mencionadas na fundamentação da decisão do HC 76557/RJ, de 2001. Temos aqui então:

- a) o HC 67648, de 1990, que trata tão somente da possibilidade de os policiais servirem como testemunhas, em um caso em que inclusive havia outras provas;
- b) o HC 71422, de 1996, que trata validade e eficácia probatória como sinônimos, em um caso que não discutia nenhuma das duas coisas, mas no qual os depoimentos dos policiais eram as únicas provas;
- c) o HC 73000, de 1996, cujo acórdão tem uma redação extremamente confusa, em um caso em que as únicas provas era os depoimentos dos policiais, possivelmente prestados sem contraditório, e no qual, como já mencionamos, os julgados citados pelo MP para defender a força probatória dos depoimentos prestados pelos policiais,

¹⁸⁵ HC 71422, p. 383.

¹⁸⁶ RHC 66359, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 03.06.1988, DJ 14.10.1988.

e acolhidos pelo relator juntamente com o parecer, foram formados a partir de casos em que esses depoimentos não eram a única prova a amparar a condenação, ou em que sequer era discutida a prova testemunhal.

Esses três casos são utilizados pelo STF como precedentes na decisão do **HC 76557/RJ**¹⁸⁷, de 2001, que discutiremos agora. Nesse caso, ao contrário do que ocorreu nos demais HCs dos STF analisados até então, a decisão de indeferir o *habeas corpus* não foi unânime, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, e Maurício Corrêa. O voto divergente partiu do Ministro Carlos Velloso.

De acordo com o relatório, trata-se de um caso de tráfico de drogas, tendo sido o paciente condenado em primeira instância. A defesa interpôs recurso pleiteando sua absolvição ao tribunal estadual, sendo o pleito integralmente acolhido pelo Relator, porém o mesmo foi voto vencido – a Câmara julgadora proveu o recurso apenas parcialmente para reduzir a pena do réu. Assim, sendo a defesa impetrou HC junto ao STF, alegando insuficiência de provas, esclarecendo “que não pretende o revolvimento de provas dos autos, mas a simples constatação da inexistência de base, no acórdão proferido, relativamente à culpa do Paciente”.

Nesse caso, o Ministro Relator Marco Aurélio defendeu que era cabível a constatação da insuficiência de provas a partir do exame dos autos do HC, tendo as decisões impugnadas apontado contradições nos depoimentos prestados pelos policiais, além de apontarem que tais depoimentos conflitavam com o que foi exposto pelas oito testemunhas de defesa. Para o Ministro Marco Aurélio, “os acusados não têm, sobre os respectivos ombros, a prova da inocência, a ser presumida, de acordo com o inciso LXXVII do rol das garantias constitucionais. Ao Estado-acusador cumpre demonstrar, de forma robusta, a culpa dos acusados, o que não ocorreu na espécie dos autos”. O voto do Ministro Marco Aurélio menciona inclusive o parecer do Procurador de Justiça que atuou por ocasião da apelação da defesa no TJ, no qual o Procurador defende a absolvição por insuficiência de provas. Vejamos as palavras do Procurador:

O valor do testemunho policial não é absoluto, como absoluta não se deve ter qualquer prova em processo criminal. Se assim fosse, não seria necessária a presença do magistrado para condenar o réu acusado por dois policiais. Enfim, a matéria de prova reunida no processo no entender da Procuradoria de Justiça se mostra conflituosa e faz gerar perplexidade e fundadas dúvidas sobre a possível culpabilidade dos apelantes. Nunca é demais lembrar que é preferível sempre absolver um possível culpado do que condenar um inocente.¹⁸⁸

¹⁸⁷ STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/1998.

¹⁸⁸ STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001.

Registramos, apenas a título de curiosidade para os estudiosos da prova testemunhal, que o Procurador também incluiu em seu parecer que “O insuperável Ministro Nelson Hungria já ressaltava que para apreciar o valor de

Observe-se que, para o Relator, a prova testemunhal prestada por policiais deve ser analisada em conjunto com as demais provas, para que só aí possa se atribuir o seu valor, o que, no caso em tela, levantou dúvidas o bastante para que se absolvesse o réu. Ou seja, em termos de eficácia probatória, não há nenhuma menção à tese de que os depoimentos de policiais são suficientes por si só para embasar uma condenação, embora também não se negue que, não havendo prova em contrário, isso possa ocorrer.

Já para o Ministro Carlos Velloso, cujo voto divergente foi vencedor, a ordem só poderia ser concedida caso se procedesse ao reexame de provas, o que seria incabível. Para sustentar seu argumento, o Ministro cola em seu voto trechos da sentença condenatória, do voto do Desembargador-relator e também do voto divergente do Desembargador Antônio Carlos Amorim, demonstrando as divergências na valoração do conjunto probatório: a sentença e o voto divergente defendem que os depoimentos dos policiais são suficientes por si só e que as contradições entre eles são irrelevantes, e também que os depoimentos das testemunhas de defesa não se mostraram coerentes entre si; já o voto do Desembargador-relator defende que os depoimentos das testemunhas de defesa apresentam coerência o bastante para minar a credibilidade dos depoimentos dos policiais, além desses últimos não serem suficientes por si só para sustentarem um édito condenatório .

O Ministro Carlos Velloso conclui dizendo que o fato de as testemunhas que prestaram depoimento serem policiais não invalida a prova, e que o STF firmou o entendimento de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha (HC 71422/DF, 27/06/95; HC 67648/PR; HC 73000/RJ).

Embora o voto do Relator adentre a questão da valoração probatória, concluindo que no caso concreto havia contradições o bastante no conjunto probatório apresentado nos autos para que se absolvesse o paciente, venceu a tese de que uma absolvição só poderia ser concedida caso se procedesse ao reexame de provas. As divergências no conjunto probatório, nesse caso, foram usadas para sustentar a impossibilidade de concluir-se se o réu era culpado ou não a partir do exame dos autos – na dúvida, para o Ministro Carlos Velloso e o restante da Segunda Turma, prevalece a condenação, independente do que diz a Constituição. O Ministro sequer adentra a questão da eficácia probatória dos depoimentos de policiais, limitando-se a afirmar sua validade, pois, como já vimos ao analisarmos as decisões do STJ, não havendo flagrante

testemunho ainda continuamos a contar somente com o bom senso e a perspicácia comum, com a experiência banal do juiz, sempre superior ao profuso mas precário experimentalismo erudito dos psicólogos”.

ilegalidade, não há porque conceder a ordem. Esse é o voto que gerou a ementa a seguir, citada pelo STJ para fundamentar suas próprias decisões sobre o tema:

EMENTA: - PROCESSUAL PENAL. PENAL. TESTEMUNHA POLICIAL. PROVA: EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. - Não é admissível, no processo de habeas corpus, o exame aprofundado da prova. III. - H.C. indeferido.¹⁸⁹

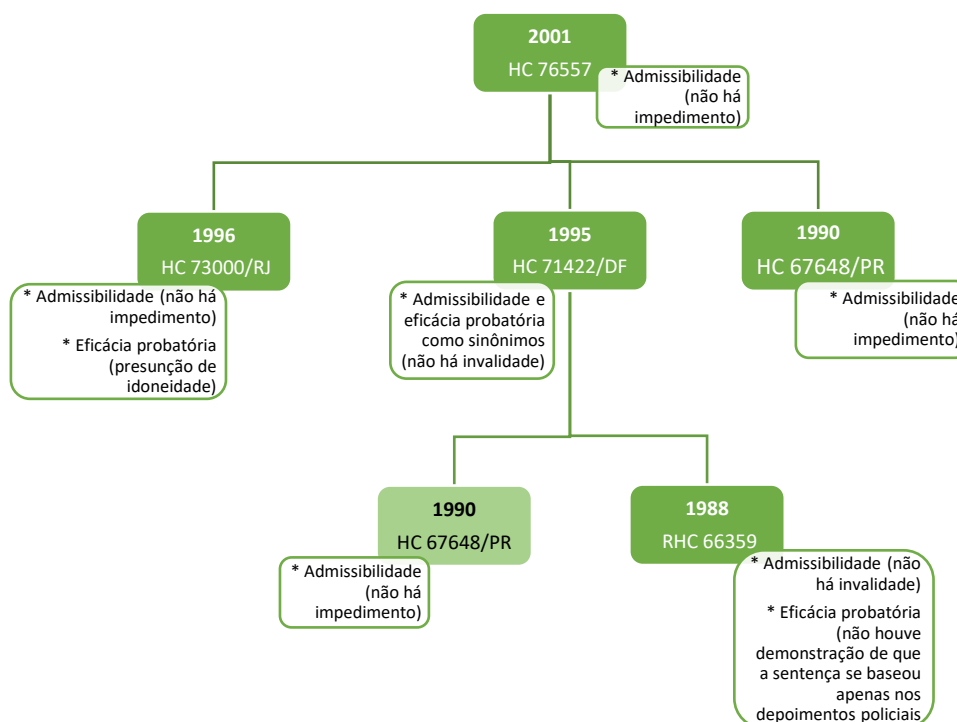


Figura 9: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 76557, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde claro, decisões que foram citadas mais de uma vez na amostra.

Além do STF-HC 76557/RJ, de 2001, o STJ também menciona no STJ-HC 40162/MS de 2005 o **STF-HC 77565/SP**¹⁹⁰, também de 2001. Nesse acórdão, para indeferir o pleito de absolvição por insuficiência de provas em um caso de tráfico de drogas, o relator, Min. Néri da Silveira, limita-se a citar trechos do acórdão recorrido e do parecer da Procuradoria Geral da República e dizer “do exposto, indefiro o writ”. Os trechos citados pelo relator incluem a menção à jurisprudência de tribunal estadual.¹⁹¹ Nesses trechos, embora apareça o termo

¹⁸⁹ STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001.

¹⁹⁰ STF-HC 77565/SP, DJ 02/02/2001. Segunda Turma. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgado em 20/09/1998.

¹⁹¹ RJTSP 125/563. A jurisprudência estadual é mencionada no acórdão recorrido. Uma vez que tanto o acórdão quanto o parecer do MP foram adotados como razões de decidir pelo relator, a decisão mencionada no acórdão passou a integrar a amostra analisada nesta pesquisa, constando no Apêndice. Todavia, embora integrante da amostra, a decisão não pode ser analisada por não estar disponível da biblioteca da UFBA ou na Internet.

“validade”, não há discussão sobre a admissibilidade dos depoimentos dos policiais, mas sim sobre a eficácia probatória dos mesmos. Trata-se de um caso de tráfico de drogas em que o paciente e o corréu negaram a posse e a propriedade do entorpecente encontrado num matagal próximo ao local onde foram abordados.

De acordo com o acórdão recorrido, citado pelo Ministro relator:

(...) o fato da prova estar fundada em testemunhos policiais em nada altera a sua credibilidade, desde que seguros e coerentes, bem como isentos de comprovação de que pretendessem incriminar inocentes. Se nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos policiais – não se provando que fossem desafetos dos acusados, tivessem hostil prevenção contra eles, ou quisessem indevidamente prejudica-los – é de ser confirmada a condenação neles baseada.

“Prova Criminal. Testemunha. Hipótese de Tóxico. Depoimentos prestados por policiais. Validade. Presunção *juris tantum* de agirem escorreitamente no exercício da função”(RJTSP 125/563).

Já a Procuradoria Geral da República diz:

A uniformidade da prova isenta-a de qualquer contaminação. Difícil imaginar que policiais combinem detalhes, uniformizando depoimentos contra pessoas desconhecidas dos mesmos, quando a própria defesa não invoca anterior vínculo de inimizade dos depoentes com os réus. Além de que, os depoimentos foram colhidos em juízo, em pleno contraditório processual, sem que se possa invocar a eiva da unilateralidade do procedimento instrutório.

Essa discussão sobre a credibilidade dos policiais até que se prove o contrário é o que se traduz em decisões futuras na ideia de presunção de veracidade desses depoimentos. Essa ideia, como podemos depreender do copia e cola do Relator, vem dos tribunais estaduais, de forma que a lógica da formação dos precedentes do STF, e conseqüentemente do STJ, a partir da jurisprudência estadual se mantém aqui.

Por fim, conclui-se esse tópico retomando o STJ-HC 40162/MS de 2005, a partir do qual encontramos todas as decisões analisadas acima. No HC 40162/MS, o STJ utiliza-se dos STF-HC 76557/RJ e STF-HC 77565/SP como precedentes para argumentar que “o depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório”. O primeiro trata da validade dos depoimentos dos policiais, e o segundo da sua presunção de veracidade, embora não utilize esse termo. Se tudo o que se soubesse fosse apenas o que está escrito neste parágrafo, faria todo sentido que o STJ citasse essas duas decisões.

3.2.3 Seguindo a trilha do STJ-HC 13506/RJ: a influência dos tribunais estaduais na construção do entendimento dos tribunais superiores

O STJ-HC 13506/RJ¹⁹², de 2001, menciona apenas o STF-HC 74522/AC, de 1996, que por sua vez menciona o STF-HC 73518/SP, também de 1996. Esse último menciona oito decisões publicadas na Revista dos Tribunais, sendo que dessas oito somente teve acesso a seis, sendo uma delas um RHC julgado pelo STF em 1979. As demais são jurisprudência estadual dos anos de 1983, 1984, 1985 e 1986. A decisão de 1985, proferida pelo TJMG, menciona uma decisão do STF de 1973, o HC 51577, já analisado anteriormente, e mais duas decisões do TJRJ sem referências o bastante para que fossem identificadas.

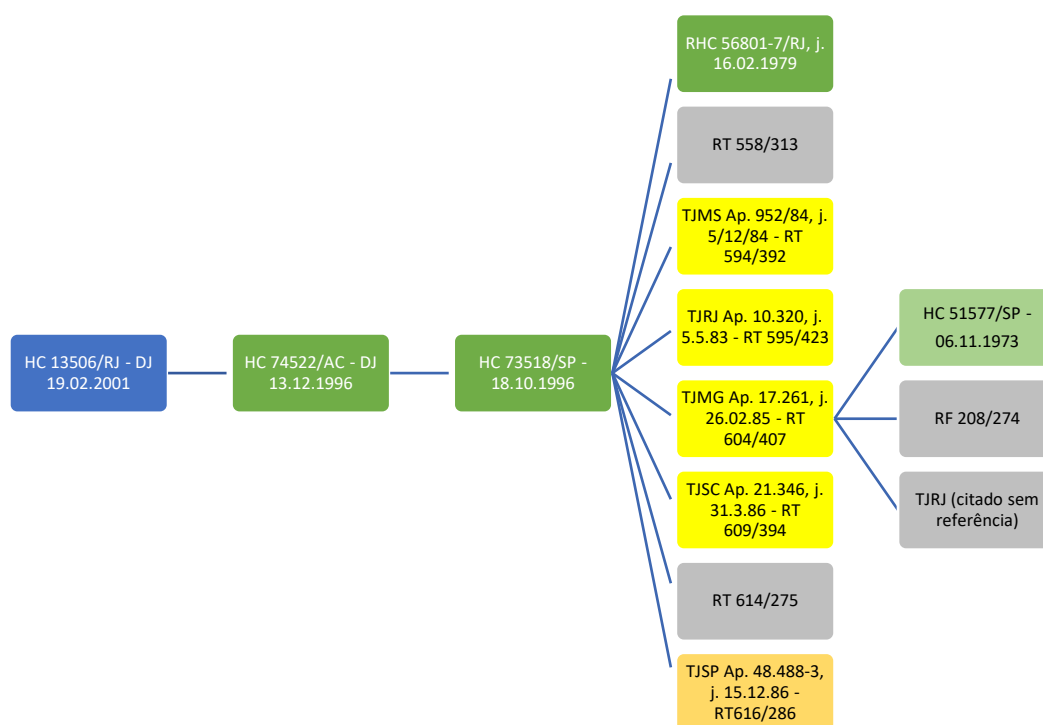


Figura 10: Trilha do STJ ao STF a partir do HC 13506. Em azul, decisão do STJ. Em verde, decisões do STF; sendo em verde claro as que aparecem mais de uma vez na amostra. Em amarelo, as decisões dos tribunais estaduais; sendo em laranja as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza estão as decisões estaduais às quais não teve acesso¹⁹³.

Uma vez que o STF-HC 51577 já foi visto no tópico anterior, comecemos pela segunda decisão mais antiga, o **RHC 56801-7/RJ**¹⁹⁴, julgado pela 1ª Turma do STF em 16/02/1979. Trata-se de recurso em habeas corpus em que os recorrentes respondiam a processo criminal

¹⁹² STJ-HC 13506/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 19/02/2001.

¹⁹³ Os números 558 e 614 da *Revista dos Tribunais* não estavam disponíveis na biblioteca da UFBA, única a qual tive acesso durante a pesquisa, sobretudo por conta da pandemia. Além disso, não foi possível identificar de qual publicação se trata a RF 208/274, bem como o julgado sem referência citado pelo TJMG.

¹⁹⁴ STF-RHC 56801-7/RJ, julgado em 16/02/1979. 1ª. Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 537, p. 387-390.

por tráfico de drogas no estado do Rio de Janeiro. De acordo com o relatório do acórdão, a inicial do *writ* objetivava a nulidade do auto de prisão em flagrante em relação a um dos pacientes, a revogação da prisão preventiva de outro, e a inépcia da denúncia em relação a ambos. O tema dos depoimentos prestados por policiais aparece aqui porque, ainda de acordo com o relatório, a inicial justificou o pedido de nulidade do auto de prisão em flagrante com base no fato de que o mesmo estaria “totalmente comprometido porque somente policiais ali serviram como condutor e testemunha”. Daí já temos bem claro que essa decisão não trata do valor probatório da palavra dos policiais no curso da instrução criminal propriamente dita, mas sim da legalidade do auto de prisão em flagrante.

Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República afirmou que, sobre a arguida impossibilidade da participação de policiais como testemunhas no auto de prisão em flagrante, “nenhum dispositivo legal proíbe tal participação, sendo que – como é óbvio – a credibilidade a ser atribuída aos depoimentos dela resultantes deve ser definida em cotejo com as demais provas e em face das circunstâncias de cada caso”¹⁹⁵. No mesmo sentido, o Ministro relator, em seu voto, conclui que:

O fato de apenas policiais figurarem como testemunhas no auto de prisão em flagrante não conduz a uma nulidade absoluta, tudo dependendo das demais provas indiciárias, de vez que nenhum dispositivo legal o proíbe. No caso concreto, não ficou demonstrada a parcialidade dessas testemunhas, sendo certo, ainda, que o paciente em questão confessou o delito em Juízo, na presença de advogada, nada alegando quanto à eventual coação a que teria sofrido quando do flagrante, por ele assinado¹⁹⁶.

A ementa inclusive menciona expressamente tratar-se de uma discussão sobre a admissibilidade do testemunho de policiais no auto de prisão em flagrante, culminando na nulidade ou não da prisão, nada se falando a respeito do valor probatório de tais depoimentos. A instrução, inclusive, ainda estava em curso quando o *habeas corpus* foi impetrado.

Essa decisão de 1979 foi utilizada como precedente pelo STF no **HC 73518/SP**¹⁹⁷, de 1996, em um caso em que o impetrante arguia a nulidade do processo que culminara na sua condenação e prisão por roubo, tendo como base para tal nulidade dois fatores diferentes: a) uma suposta irregularidade no auto de prisão em flagrante, que o acórdão não especifica qual seria; b) a insuficiência do conjunto probatório, por ter sido a condenação amparada no depoimento judicial das duas policiais que efetuaram a prisão. Aqui sim há uma discussão sobre a eficácia probatória dos depoimentos prestados pelas policiais, e para afirmar que tal eficácia

¹⁹⁵ *Revista dos Tribunais* n. 537, p. 389.

¹⁹⁶ *Revista dos Tribunais* n. 537, p. 390.

¹⁹⁷ STF-HC 73518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 18.10.1996.

é “inquestionável”, o Relator cita uma decisão que sequer trata sobre o tema, muito provavelmente por confundir os aspectos da validade e da eficácia, mas voltarei nesse ponto adiante.

Além do RHC 56801/RJ, o STF-HC 73518/SP também menciona oito outras decisões como precedentes, das quais conseguimos encontrar seis¹⁹⁸. todas elas proferidas por tribunais estaduais. Duas delas, TJRJ Ap. 10.320¹⁹⁹, de 1983, e TJSC Ap. 21.346²⁰⁰, de 1986, aparecem na sessão chamada “Ementário” da Revista dos Tribunais citada no acórdão do STF. Como o próprio nome denuncia, na sessão “Ementário” constam apenas ementas, de forma que não foi possível analisar as razões de decidir por trás dessas decisões. Como o acórdão do STF-HC 73518/SP não menciona os números das decisões, mas sim a página da Revista dos Tribunais em que as ementas estão localizadas, é provável que o Ministro Relator também desconhecesse as razões de decidir das decisões que utilizou para fundamentar seu voto. Das ementas podemos depreender apenas que o **TJRJ** considera o testemunho policial “tão valioso como qualquer outro”²⁰¹, e que o **TJSC** os considera “suficientes a embasar o decreto condenatório”²⁰².

As outras três decisões mencionadas no STF-HC 73518/SP são a apelação 952/84 de 1984 do TJMS²⁰³, a Apelação 17261 de 1985 do TJMG²⁰⁴, e a apelação 48.488-3 de 1986 do TJSP²⁰⁵ - esta última já discutida no tópico anterior.

Na mais antiga delas, a **Ap. 952/84** de 1984 do TJMS, o recorrente pugna pela sua absolvição em um caso de furto, alegando “inexistência de prova conclusiva para a condenação

¹⁹⁸ Para defender a admissibilidade e eficácia probatória dos testemunhos dos policiais, o acórdão apenas faz menção aos números da Revista dos Tribunais, sem nenhuma citação direta ou indireta. Por isso, como não tive acesso à RT 558/313 e à RT 614/275, tornou-se impossível saber qualquer coisa a respeito dessas duas decisões, de forma que não pude analisá-las. Assim, optei por excluí-las da representação gráfica seguinte, a figura 11, disponível também no apêndice.

¹⁹⁹ TJRJ – Ap. 10.320 – Duque de Caxias – 1ª. C. – j. 5.5.83 – rel. Des. Gustavo do Valle – v.u. Disponível na *Revista dos Tribunais*, n. 595, p. 423.

²⁰⁰ TJSC – Ap. 21.346 – Xanxerê – 1ª. C. – j. 31.3.86 – rel. Des. Márcio Batista – v.u. Disponível na *Revista dos Tribunais*, n. 609, p. 394.

²⁰¹ “PROVA CRIMINAL – Crime contra a saúde pública – Depoimento de policial participante de diligência do flagrante – Testemunho coerente e seguro – Validade.

O testemunho de policial, mesmo participante de diligência do flagrante, quando coerente e seguro, é tão valioso como qualquer outro.

TJRJ – Ap. 10.320 – Duque de Caxias – 1ª. C. – j. 5.5.83 – rel. Des. Gustavo do Valle – v.u.”

²⁰² “PROVA CRIMINAL – Depoimento de policiais – Porte de entorpecente – Inexistência de dúvida quanto a autoria e materialidade do delito – Decreto condenatório nele embasado – Validade.

Os depoimentos de policiais, desde que coerentes e não desmentidos pelo restante da prova, são suficientes a embasar decreto condenatório.

TJSC – Ap. 21.346 – Xanxerê – 1ª. C. – j. 31.3.86 – rel. Des. Márcio Batista – v.u.”

²⁰³ TJMS – Ap. 952/84 – T. Crim. – j. 5.12.84 – rel. Des. Gerval Bernardino de Souza (comarca de Dourados). Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 594, p. 392-393.

²⁰⁴ TJMG – Ap. 17.261 – 1ª. C. – j. 26.2.85 – rel. Des. Monteiro de Barros. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 604, p. 407-409.

²⁰⁵ TJSP- Ap. 48.488-3 – 1ª. C. – j. 15.12.86 – rel. Des. Jarbas Mazzoni. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 616, p. 286-287.

porque os depoimentos foram prestados por policiais, não gerando nenhuma credibilidade”, de acordo com o relator. O acórdão menciona a existência de uma vítima, mas não do seu depoimento, seja em juízo ou durante o inquérito. Ainda de acordo com o relator, o recorrente cita um acórdão do próprio TJMS na apelação, segundo o qual “não pode prevalecer a sentença condenatória, fundada tão somente em depoimentos prestados por policiais com manifesto interesse na investigação contra o réu, sem nenhum outro apoio em elementos dos autos”. Todavia, para o relator, a decisão citada pelo recorrente não se aplicaria ao caso em tela, no qual “os depoimentos prestados pelos policiais refletem com precisão a prova produzida no inquérito policial, consubstanciada nos autos de apreensão, avaliação e entrega dos objetos”, motivo pelo qual foi negado provimento ao recurso.

Observe que a decisão citada pelo recorrente trata de “depoimentos prestados por policiais com manifesto interesse na investigação contra o réu”, nas palavras do relator. Como a citação no acórdão não é direta e nem menciona o número da decisão, não é possível verificar se ela trata de uma hipótese em que há manifesto interesse dos policiais (o que se entenderia da redação dada pelo relator) ou se ela afirma que todos os policiais possuem interesse nas investigações das quais participam (que seria o caso se houvesse uma vírgula após a palavra “policiais”). De qualquer forma, a imparcialidade dos policiais não é discutida pelo relator, que se limita a afirmar que, caso tais depoimentos estejam de acordo com os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, os mesmos estariam munidos de suficiência probatória – ainda que os elementos do inquérito tenham sido produzidos a partir da palavra dos mesmos policiais. Aqui a discussão parece abarcar a dimensão da eficácia probatória dos depoimentos prestados por policiais com manifesto interesse na investigação contra o réu, que seria mitigada caso a condenação se desse unicamente com base nesses depoimentos.

Na apelação **17261** de 1985 do TJMG, três réus pleiteiam a absolvição em um caso de tráfico de drogas, alegando, segundo o relator, “não ser possível uma condenação com apoio exclusivo em depoimentos prestados por militares que efetivaram a prisão dos mesmos, como assim não se achar em poder dos apelantes qualquer substância entorpecente”. A negativa em relação à posse da droga bem como o questionamento sobre por que os civis que presenciaram a prisão não foram arrolados como testemunhas aparecem também nos depoimentos prestados pelos réus em juízo, mas contrariam as confissões prestadas na fase inquisitorial. Essa retratação da confissão foi considerada desmerecedora de credibilidade pelo relator, que optou por crer na versão dos policiais de que os réus teriam atirado longe a substância entorpecente apreendida ao serem surpreendidos, versão mantida tanto em juízo quanto durante o inquérito. Para amparar seu voto, seguido pelos demais desembargadores, o relator menciona duas decisões do

TJRJ e uma do STF. A decisão do STF é a mencionada na **RTJ 68/64**²⁰⁶, analisada no tópico anterior, e que trata da admissibilidade dos depoimentos prestados por policiais e da sua eficácia probatória quando em harmonia com o conjunto probatório. Trata-se de um caso muito semelhante a este do TJMG, em que os depoimentos dos policiais foram considerados corroborados pelas confissões extrajudiciais dos réus. Já as decisões do TJRJ mencionadas pelo relator tratam uma da impossibilidade de se atribuir inidoneidade a toda uma categoria de pessoas²⁰⁷, e outra sobre a impossibilidade de o juiz desconstituir a prisão em flagrante. Esta última foi citada sem referências pelo relator, de forma que é impossível saber mais sobre ela, mas eis o trecho citado no acórdão:

Ensina a jurisprudência que não pode o Juiz, contra o próprio teor da prisão, decidir que não houve a flagrância. Se o auto de flagrante se reveste das formalidades legais, e se o condutor e as testemunhas afirmam que o preso foi surpreendido na prática de determinado crime, é vedado ao Juiz conjecturar inverossimilhança nos depoimentos para reconhecer a ilegalidade da prisão.

Por fim, a **apelação 48.488-3** de 1986 do TJSP²⁰⁸, mencionada no STF-HC 73518/SP, já foi discutida no tópico anterior, pois mencionada também em outra decisão do STF sobre o tema. Relembrando, a apelação 48.488 trata de um caso de tráfico de drogas que contava com testemunhos prestados por policiais mais também com a existência de testemunhas civis “prudently convocadas pelos policiais para assistirem à prisão e à apreensão do fardo material entorpecente”, sendo o depoimento de uma dessas testemunhas citado expressamente no acórdão. O TJSP entendeu por atribuir “presunção de idoneidade” aos testemunhos policiais neste caso específico, tanto porque foram uniformes desde a fase inquisitorial como porque foram confirmados por testemunhas civis, presunção essa que deve ser aplicada aos “testemunhos em geral”.

Retomando, temos então as seguintes decisões mencionadas no STF-HC 73518/SP:

- a) O RHC 56801/RJ de 1979, que trata da legalidade de um auto de prisão em flagrante em que apenas os policiais responsáveis pelo flagrante serviram como testemunhas, ou

²⁰⁶ STF-HC 51577/SP, julgado em 06/11/1973, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin. Publicado na *Revista Tribunal de Jurisprudência*, n. 68, p. 64, digitalizada e disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/068_1.pdf

²⁰⁷ “O TJRJ decidiu que ‘os policiais não são proibidos de prestar depoimento nos processos de cuja fase policial tenham participado, seja efetuando a prisão do agente, seja apreendendo o objeto do crime. De outro lado, a declaração de inidoneidade é específica e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas. A inidoneidade é alegada e demonstrada em cada caso’ (RF 208/274).” (TJMG – Ap. 17.261 – 1ª. C. – j. 26.2.85 – rel. Des. Monteiro de Barros. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 604, p. 408)

²⁰⁸ Ap. 48.488-3 – 1ª. C. – j. 15.12.86 – rel. Des. Jarbas Mazzoni. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 616, p. 286-287.

seja, uma discussão sobre a admissibilidade desses testemunhos fora do contexto probatório propriamente dito;

- b) A TJRJ Ap. 10.320 de 1983, citada a partir do ementário, onde consta apenas que o testemunho policial seria tão valioso como qualquer outro, sem menção ao contexto em que foi produzido esse entendimento;
- c) A TJSC Ap. 21.346 de 1986, também citada a partir do ementário, onde consta apenas que os testemunhos dos policiais seriam suficientes para embasar o decreto condenatório, sem menção ao contexto em que foi produzido esse entendimento;
- d) A TJMS Ap. 952/84 de 1984, que trata de fato da valoração dos testemunhos policiais, cuja eficácia probatória estaria garantida quando tais testemunhos estivessem de acordo com os elementos de informação colhidos no inquérito, ainda que tais elementos tenham sido produzidos a partir das palavras dos mesmos policiais, e ainda que os policiais apresentassem manifesto interesse na investigação;
- e) A TJMG Ap. 17261 de 1985, que também trata de fato da valoração dos testemunhos, entendendo o tribunal pela sua eficácia probatória quando em harmonia com o conjunto probatório (no caso, os elementos do inquérito), e também não ser possível atribuir inidoneidade a toda uma categoria de pessoas, bem como, a partir da jurisprudência citada expressamente na decisão, ser vedado ao juiz questionar a credibilidade de tais depoimentos quando o flagrante estiver revestido das formalidades legais;
- f) A TJSP Ap. 48488 de 1986, em que o tribunal entendeu por atribuir “presunção de idoneidade” aos testemunhos policiais neste caso específico, tanto porque foram uniformes desde a fase inquisitorial como porque foram confirmados por testemunhas civis, presunção essa que deve ser aplicada aos “testemunhos em geral”.

A partir daí podemos concluir que, no STF-HC 73518/SP, para discutir sobre a possível nulidade de uma condenação amparada apenas nos depoimentos judiciais dos policiais que efetuaram a prisão, o STF utilizou como precedentes uma decisão do próprio tribunal que sequer trata sobre o assunto; duas decisões de tribunais estaduais copiadas do ementário da Revista dos Tribunais; duas decisões de tribunais estaduais em que se entende que tais depoimentos possuem eficácia probatória desde que em harmonia com o conjunto probatório, ainda que o restante do conjunto probatório não seja composto de provas, mas de elementos de informação do inquérito; e uma decisão de tribunal estadual em que tais depoimentos foram

considerados idôneos também porque confirmados por testemunhas civis, o que não ocorreu no caso julgado pelo STF²⁰⁹.

Além das decisões referidas, o STF-HC 73518, julgado em 1996, cita doutrina de 1995 em sua fundamentação²¹⁰, sendo o único julgado²¹¹ de toda a amostra a utilizar esse recurso. Todavia, o faz para defender a presunção de veracidade dos depoimentos prestados por policiais, o que, como já discutido no capítulo 2, inverte o ônus probatório e viola a presunção da inocência. Em sua ementa, o STF-HC 73518 diz:

VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. - O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.²¹²

Essa decisão de 1996, construída a partir de outras decisões por vezes inadequadas, tornou-se referência a ponto de ser também mencionada como precedente no STF, desta vez no STF-HC 74522/AC²¹³ do mesmo ano, 1996, com citação da ementa transcrita acima. O STF-HC 74522 trata de um caso de tráfico de drogas em que, além dos policiais, foram ouvidos dois menores envolvidos. De acordo com o acórdão, a defesa argumentou que recaía suspeita de parcialidade sobre todos os depoentes, pois os “menores estavam interessados em livrarem-se

²⁰⁹ No STF-HC 73518/SP, além dos depoimentos dos policiais, havia o depoimento da vítima na fase inquisitorial. Segundo parecer do MP citado no acórdão, a vítima não testemunhou em juízo porque não pôde ser encontrada.

²¹⁰ “De outro lado, inexistente qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais (RT 537/387 – RT 558/313 – RT 595/423 – RT 604/607 – RT 614/275 – RT 616/286-287). Na realidade, o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos, consoante ressalta a doutrina (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 303, 4ª ed., 1995, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, “Curso Completo de Processo Penal”, p. 174/175, item n. 8, 9ª ed., 1995, Saraiva, v.g.) e destaca o magistério jurisprudencial (RT 594/392 – RT 609/394 – RT 616/286)”.

²¹¹ Duas outras decisões citam doutrina em sua fundamentação, porém não a respeito do tema do testemunho prestado por policiais. São elas: STJ-RHC 10340, que cita dogmática a respeito do direito de apelar em liberdade; e o STF-HC 73000, que faz referência à dogmática para discutir as hipóteses de omissão na fundamentação.

²¹² STF-HC 73518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 18.10.1996. Conhecido e indeferido, decisão unânime.

²¹³ STF-HC 74522/AC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 13.12.1996. Conhecido e indeferido, decisão unânime.

da persecução penal”, e sobre os policiais porque “tendem a demonstrar a validade do trabalho realizado”. Para o relator, todavia, cujo voto foi seguido por toda a Turma, além de os depoimentos dos policiais estarem em harmonia com as demais provas produzidas, seria preciso que os impetrantes apresentassem prova da aludida parcialidade dos policiais, o que não fizeram. Para além de questionamentos sobre ônus probatório que possamos levantar quanto a esse entendimento, não se pode negar que há coerência entre a decisão e a ementa citada no acórdão.

Por fim, esta decisão foi então mencionada no STJ-HC 13506, de 2001, analisado no tópico 3.1.1, onde começou este caminho. Nela foi citada a ementa do STF-HC 74522, para corroborar o entendimento de que os depoimentos dos policiais se revestem de eficácia probatória a menos que:

- a) seja evidenciado (pela defesa, subentende-se) que eles tenham interesse particular na investigação, interesse esse que não pode ser presumido meramente por conta da sua atuação na mesma investigação (ou prisão);
- b) “tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas”²¹⁴, sendo consideradas como provas e idôneas os depoimentos prestados pelos mesmos policiais no inquérito policial.

²¹⁴ STF-HC 74522/AC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 13.12.1996. Conhecido e indeferido, decisão unânime.

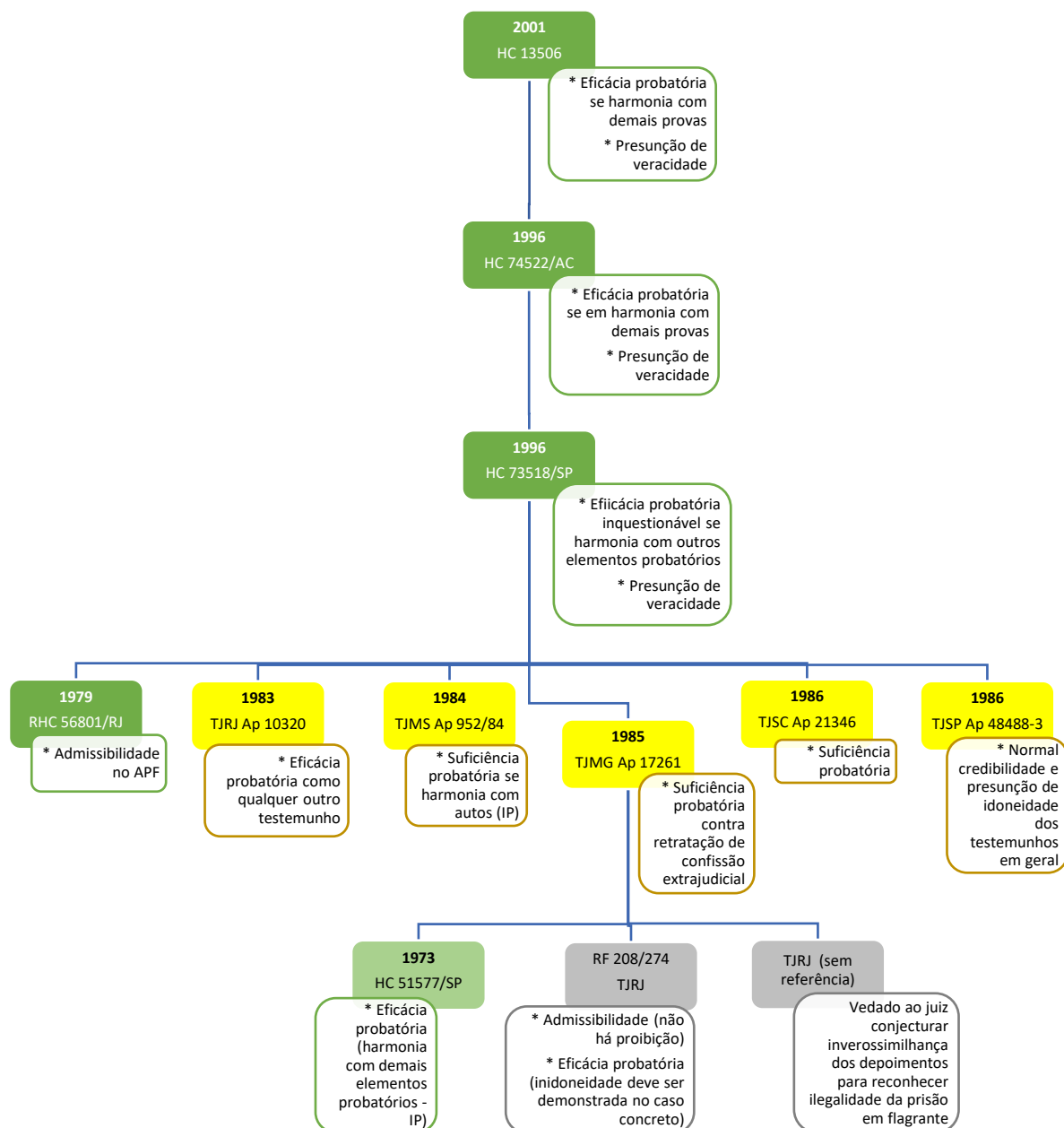


Figura 11: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 13506, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde, decisões do STF, sendo em verde claro as decisões que aparecem mais de uma vez na amostra. Em amarelo, decisões dos tribunais estaduais. Em cinza, as decisões estaduais às quais não tive acesso ao inteiro teor, sendo seus principais pontos levantados a partir das ementas citadas no HC 13506.

Temos então o STJ se amparando no STF para formular um entendimento que permanece até os dias de hoje, mas que, ao que tudo indica, foi formulado, sobretudo, a partir do entendimento de tribunais estaduais que visavam, dentre outras coisas, evitar que a palavra dos policiais fosse questionada na década de 1980, no apagar das luzes da ditadura militar. O que talvez tenha sido uma forma de controlar os inimigos do sistema em outro período do nosso país, parece perpetuar-se agora como aparato do controle social exercido sobre os inimigos do

sistema deste tempo, os pretos e pobres que figuram predominantemente nos casos de tráficos de drogas onde as únicas testemunhas são policiais. Mas concluir isso sem sombra de dúvidas implicaria destrinchar a jurisprudência dos tribunais estaduais, o que foge ao escopo desta pesquisa. Fica, entretanto, aberto o caminho.

4. O QUE NOS DIZEM OS DADOS

Neste capítulo, trago a consolidação dos dados obtidos a partir da análise das decisões mencionadas no capítulo 3 e no Apêndice, bem como relaciono esses dados à doutrina exposta, sobretudo, no capítulo 1.

No STF, a amostra analisada contava com 11 decisões, obtidas de processos julgados entre 1973 e 2001. Nelas observa-se que:

- a) 18% tratam da admissibilidade dos depoimentos policiais no APF, a fim de definir se as prisões em questão seriam legais ou não;
- b) 45% tratam apenas da admissibilidade dos depoimentos policiais no processo;
- c) 9% tratam tanto de admissibilidade quanto de eficácia probatória, sem atribuir presunção de veracidade aos depoimentos;
- d) 18% tratam tanto de admissibilidade quanto de eficácia probatória, atribuindo presunção de veracidade aos depoimentos;²¹⁵
- e) 09% tratam de suficiência probatória, atribuindo presunção de veracidade aos depoimentos;
- f) 54% citam decisões anteriores;
- g) 27% citam decisões de tribunais estaduais;²¹⁶
- h) 54% mencionam expressamente estar seguindo a orientação do STF;
- i) 36% utilizam a motivação *per relationem* – o que caracteriza ausência de motivação²¹⁷;
- j) 27% citam decisão que trata de questão jurídica diferente da questão tratada no caso *sub judice*;²¹⁸
- k) Nenhuma decisão faz o devido cotejo analítico entre o caso anterior e o caso *sub judice*;
- l) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram os depoimentos policiais admissíveis, seja no APF, seja na instrução processual;

²¹⁵ Sobre a presunção de veracidade, ela não aparece de forma declarada, com o uso da expressão, mas depreende-se do argumento de que a eficácia probatória dos depoimentos dos policiais só estaria em jogo quando ficasse demonstrado interesse particular ou quando suas declarações fossem contraditas por outras provas.

²¹⁶ São 06 as decisões de tribunais estaduais citadas: 01 atribui eficácia probatória aos depoimentos dos policiais; 03 atribuem eficácia probatória e presunção de veracidade; 01 os considera admissíveis, além de atribuir-lhes eficácia probatória e presunção de veracidade; e 01 atribui a eles suficiência probatória.

²¹⁷ Para atenuar a subjetividade da minha análise, considereei como motivação *per relationem* apenas os casos em que não havia absolutamente nenhuma sentença formulada pelo próprio relator, mas tão somente a citação de outras decisões, do acórdão recorrido ou do parecer do MP, seguidas por expressões como “assim, exposto, nego/defiro...”.

²¹⁸ 03 de 11 decisões citam jurisprudência que trata da admissibilidade dos depoimentos dos policiais no APF, a fim de definir se as prisões em questão seriam legais ou não.

- m) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram que os depoimentos policiais possuem eficácia probatória;
- n) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram os depoimentos policiais presumidamente verídicos;
- o) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram que os depoimentos policiais são suficientes para embasar uma condenação.

No STJ, a amostra analisada contava com 16 decisões, obtidas de processos julgados entre 1999 e 2018. Nelas observa-se que:

- a) 06% tratam apenas da admissibilidade dos depoimentos policiais no processo;
- b) 25% tratam apenas da eficácia probatória dos depoimentos policiais no processo;
- c) 25% tratam tanto de admissibilidade quanto de eficácia probatória;
- d) 12,5% tratam tanto de admissibilidade quanto de eficácia probatória, atribuindo presunção de veracidade aos depoimentos;²¹⁹
- e) 06% tratam apenas de eficácia probatória, atribuindo presunção de veracidade aos depoimentos;
- f) 12% tratam apenas de suficiência probatória dos depoimentos dos policiais;
- g) 12% tratam tanto de admissibilidade quanto de suficiência probatória;
- h) 75% citam decisões anteriores;
- i) 37% mencionam expressamente estar seguindo a orientação do STF;
- j) 19% utilizam a motivação *per relationem* – o que caracteriza ausência de motivação²²⁰;
- k) 25% citam decisão que trata de questão jurídica diferente da questão tratada no caso *sub judice*;²²¹
- l) Nenhuma decisão faz o devido cotejo analítico entre o caso anterior e o caso *sub judice*.
- m) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram os depoimentos policiais admissíveis;

²¹⁹ Sobre a presunção de veracidade, ela não aparece de forma declarada, com o uso da expressão, mas depreende-se do argumento de que a eficácia probatória dos depoimentos dos policiais só estaria em jogo quando ficasse demonstrado interesse particular ou quando suas declarações fossem contraditas por outras provas.

²²⁰ Para atenuar a subjetividade da minha análise, considereei como motivação *per relationem* apenas os casos em que não havia absolutamente nenhuma sentença formulada pelo próprio relator, mas tão somente a citação de outras decisões, do acórdão recorrido ou do parecer do MP, seguidas por expressões como “assim, exposto, nego/defiro...”.

²²¹ 04 das 16 decisões citam uma decisão que trata do valor probatório do depoimento de um policial específico, que supostamente perseguia o réu. Esse depoimento foi considerado como válido e eficaz porque foi corroborado por outras provas, incluindo o depoimento de outros policiais. Uma dessas 04 decisões mencionava ainda uma decisão anterior que tratava apenas da admissibilidade dos depoimentos policiais, quando o que estava sendo discutido era sua eficácia probatória.

- n) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram que os depoimentos policiais possuem eficácia probatória;
- o) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram os depoimentos policiais presumidamente verídicos;
- p) Dentre as que trataram do tema, todas as decisões consideraram que os depoimentos policiais são suficientes para embasar uma condenação.

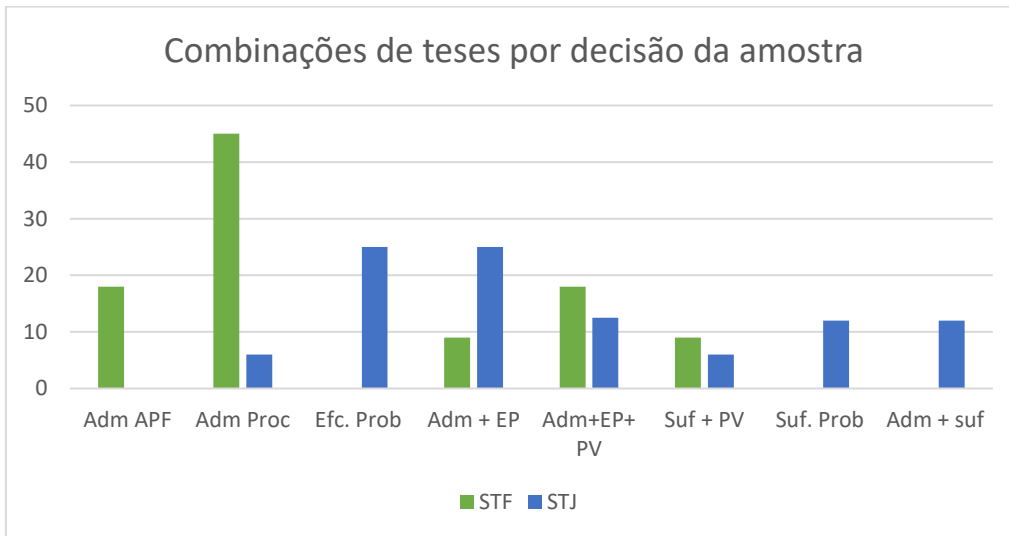


Figura 12: Adm APF = admissibilidade no APF; Adm Proc/Adm = admissibilidade no processo; Efc. Prob/ EP = eficácia probatória; PV = presunção de veracidade; Suf. Prob / suf = suficiência probatória.

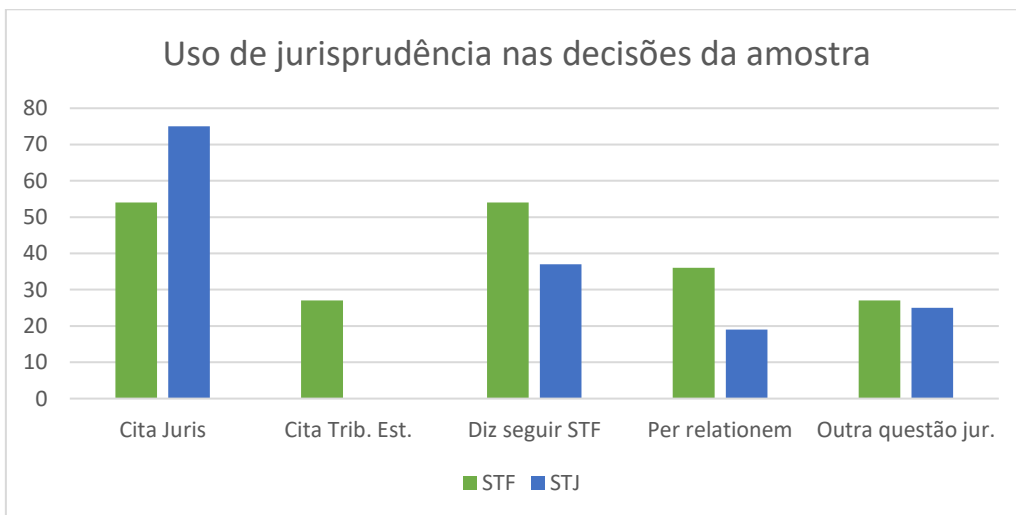


Figura 13

Outros dados relevantes dizem respeito à origem das teses de presunção de veracidade e de suficiência probatória nos tribunais superiores.

No STF, a tese de presunção de veracidade aparece pela primeira vez em 1996 (HC73518). O HC 73518 formou seu entendimento levando em consideração decisões de tribunais estaduais²²² que atribuíam presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais, além da doutrina sobre o assunto na época²²³ – é o único julgado de toda a amostra que cita doutrina sobre o tema dos depoimentos prestados por policiais. Já a tese de suficiência probatória aparece pela primeira vez em 2001 (HC 77565). O HC 77565 incorre em motivação *per relationem*, limitando-se a transcrever trechos do acórdão recorrido e do parecer da PGR em sua fundamentação, sem qualquer argumentação própria. O acórdão recorrido, por sua vez, cita decisão estadual²²⁴ que atribui presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais.

No STJ, a tese de suficiência probatória aparece pela primeira vez em 1999 (REsp 162022). O REsp 162022 adotou expressamente como parte da sua razão de decidir o parecer do MP, que defendia a presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais. Já a tese de presunção de veracidade aparece pela primeira vez em 2001 no HC 13506, uma decisão que tomou como base julgado anterior do STF - HC 74522, de 1996. O STF-HC 74522, por sua vez, citou em sua fundamentação o STF-HC 73518 do mesmo ano, que trazia a tese de presunção de veracidade para o STF pela primeira vez – ao menos na amostra analisada. Já o STF-HC 73518 formou seu entendimento levando em consideração decisões de tribunais estaduais que atribuíam presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais.

Esses dados demonstram a influência das decisões dos tribunais estaduais na formação do entendimento que vigora até hoje, e indicam que as teses de suficiência probatória e presunção de veracidade não tiveram origem nos tribunais superiores, sendo adotadas por eles sem o devido cotejo analítico entre o caso anterior e o caso *sub judice*, sem a devida fundamentação, e com base em julgados que não necessariamente tratavam da mesma questão jurídica.

²²² TJMS Ap. 952/84, de 1984 – RT 594/392; TJMG Ap. 17261, de 1985 – RT 604/407; TJSP Ap. 48488, de 1986 – RT 616/286.

²²³“De outro lado, inexistente qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais (RT 537/387 – RT 558/313 – RT 595/ 423 – RT 604/607 – RT 614/275 – RT 616/286-287). Na realidade, o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos, consoante ressalta a doutrina (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 303, 4ª ed., 1995, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, “Curso Completo de Processo Penal”, p. 174/175, item n. 8, 9ª ed., 1995, Saraiva, v.g.) e destaca o magistério jurisprudencial (RT 594/392 – RT 609/394 – RT 616/286)”.

²²⁴“Depoimentos prestados por policiais. Validade. Presunção *juris tantum* de agirem escorreitamente no exercício da função” (RJTSP 125/563).

Em 1973, o STF já tinha uma decisão afirmando que os policiais não estavam impedidos de testemunhar nos casos em que atuaram, e que esses testemunhos, se em harmonia com o restante do conjunto probatório, poderiam sim, legitimamente, embasar uma condenação. O que havia então não era uma tese de suficiência probatória, uma vez que a condenação ainda dependia do restante do conjunto probatório, ainda que esse conjunto abarcasse, além dos depoimentos dos policiais, apenas o inquérito policial. A distinção prevista pela própria legislação entre “elementos de informação” e “provas” foi ignorada pela mais alta corte do país, que utilizou a expressão “elementos probatórios” para se referir às confissões extrajudiciais do réu e dos corréus, e manter uma condenação em que as únicas provas produzidas sob o contraditório e a ampla defesa eram os testemunhos dos policiais.²²⁵ Contudo, essa, que parece ser a decisão mais antiga do tribunal sobre o tema, não afirma em nenhum momento que apenas os testemunhos dos policiais seriam suficientes para amparar uma condenação, que, no caso em tela, foi baseada também em elementos do inquérito policial - um entendimento possível tendo-se em vista a permissão do artigo 155 do CPP para que os elementos do inquérito policial façam parte do conjunto probatório, ainda que também seja possível questionar essa previsão legislativa a partir do direitos de jurisdição, ampla defesa e contraditório. Todavia, embora a decisão de 1973 seja questionável, ela não se fundou nas teses de presunção de veracidade ou de suficiência probatória da prova testemunhal prestada por policiais que encontramos atualmente no STJ.

Essas duas teses, entretanto, já começavam a aparecer nos tribunais estaduais, sendo posteriormente citadas pelo STF na fundamentação das suas decisões. Em 1971, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a presunção de agir “escorreitamente” era atribuída aos agentes policiais enquanto servidores públicos no desempenho das suas atuações, estendendo-se “aos informes que em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça”²²⁶, confundindo, portanto, o ato administrativo com a prova testemunhal no processo penal. Quinze anos depois, em um caso em que policiais serviram como testemunhas juntamente a civis, o TJ/SP, ao ser questionado sobre a decisão que se amparou nesses depoimentos, afirmou a presunção de idoneidade de quaisquer testemunhas cujos depoimentos sejam uniformes desde a fase inquisitorial, inclusive das testemunhas policiais.²²⁷

²²⁵ STF-HC 51577/SP, julgado em 06/11/1973, Rel. Ministro Rodrigues Alckmin. Publicado na *Revista Tribunal de Jurisprudência*, n. 68, p. 64, digitalizada e disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/068_1.pdf

²²⁶ TJSP - Apelação criminal n. 112.097, j. 20.09.1971, rel. Des. Felizardo Calil. Disponível na *Revista dos Tribunais*, n. 433, p. 386. (Citada no STF-HC 73000/RJ, DJ 02/02/1996).

²²⁷ TJSP - Ap. 48.488-3 – 1ª. C. – j. 15.12.86 – rel. Des. Jarbas Mazzoni. Disponível na *Revista dos Tribunais*, n. 616, p. 286.

Essas duas decisões do TJ/SP e o julgado de 1973 do STF foram utilizados pelo Ministério Público em seu parecer no STF-HC 73000/RJ, de 1996²²⁸, um caso em que não havia nenhuma outra prova que não os depoimentos dos policiais, inaugurando, pelo menos na amostra analisada neste trabalho, aquilo que Aury Lopes Jr. chama de engodo da judicialização dos depoimentos dos policiais, numa tentativa de burlar a vedação do artigo 155 do CPP. Esse parecer do Ministério Público, no tocante aos depoimentos prestados por policiais, não foi apenas citado no acórdão. O parecer do Ministério Público, transcrito para o acórdão entre aspas, é a própria argumentação do relator – não há uma única palavra sobre o assunto além do próprio parecer. Trata-se, portanto, de motivação *per relationem*, ou ausência de motivação.

Nem mesmo o parecer do Ministério Público discorre sobre por que considera legítima uma condenação com base apenas em depoimentos de policiais, limitando-se a citar a jurisprudência mencionada anteriormente – uma decisão do STF em que as confissões extrajudiciais dos réus foram utilizadas para corroborar os depoimentos de policiais; e duas decisões de um tribunal estadual, uma que trata da presunção de idoneidade das testemunhas em geral, incluindo policiais, e cujo conjunto probatório continha testemunhos de civis, e uma que atribui presunção de veracidade aos testemunhos de policiais. A *ratio decidendi* dos casos mencionados pelo MP em seu parecer não necessariamente é compatível com o caso em tela – a situação fática de cada caso sequer é mencionada pelo *parquet*, que se limita a transcrever trechos das ementas das decisões.

Como já tratado no capítulo 1, a citação de jurisprudência a título de exemplo não constitui ausência de motivação, desde que o julgador demonstre na fundamentação da sua decisão as razões que o levaram a optar por uma ou outra hipótese em relação aos fatos em disputa. Contudo, quando não há essa demonstração, o uso de citações de jurisprudência para substituir a argumentação do julgador constitui motivação *per relationem*, uma forma de ausência de motivação.²²⁹ Sendo a motivação das decisões judiciais uma garantia constitucional cuja finalidade envolve o controle da atividade jurisdicional, sua ausência ou insuficiência deve conduzir à nulidade do julgado.²³⁰

²²⁸ STF-HC 73000/RJ, DJ 02/02/1996. Segunda Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa.

²²⁹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, 2002. / TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

²³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, 2002. P. 123-126.

Conforme avançamos nas decisões da amostra analisada neste trabalho até os anos mais recentes, é possível observar que a motivação *per relationem* se repete com frequência. À exceção do STF-HC 76557/RJ de 2001²³¹ e do STF-HC 73518 de 1996²³², as decisões do STJ e do STF limitam-se a citar trechos de decisões anteriores em sua fundamentação, sem desenvolver quaisquer argumentos próprios sobre o tema, limitando-se a poucas linhas sobre o tema quando muito. O STF-HC 76557/RJ de 2001, por sua vez, embora exponha de maneira adequada as motivações dos julgadores, incluindo até mesmo voto divergente, menciona decisões anteriores²³³ nas quais foi utilizada a motivação *per relationem*. Já o STF-HC 73518, embora seja o único de toda a amostra que cite a dogmática para justificar a adoção da tese de presunção de veracidade dos depoimentos prestados por policiais, tem a seu favor apenas o fato de evitar a citação direta, pois trata do tema em dois parágrafos que incluem ainda a citação de oito decisões anteriores, a maior parte delas oriundas de tribunais estaduais.²³⁴ Já as obras citadas pelo relator consistem em manuais de processo penal da época, cujos argumentos encontram-se muito distante do atual conhecimento científico sobre o tema.

Tive acesso à edição de 2000 do manual de Mirabete²³⁵, citado no STF-HC 73518, e, no tocante ao ônus da prova, o autor deixa claro que ao Ministério Público cabe a prova do fato e da autoria, ficando a cargo do réu a prova das causas excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como a prova da inexistência do fato. Mirabete cita a determinação do CPP de que “a prova de alegação incumbirá a quem a fizer”, e cita até mesmo o Pacto de São José da Costa Rica no tocante à presunção da inocência, mas não cita a Constituição Federal uma única vez. O autor também considera que “a retratação em juízo da confissão policial ou judicial tem efeitos relativos”, podendo ser desacredita por outros elementos probatórios. Já a prova testemunhal é considerada “a prova por excelência”,

²³¹ STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/08/1998.

²³² STF-HC 73518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 18.10.1996.

²³³ STF-HC 73000/RJ de 1996; STF-HC 67648/PR de 1990; e STF-HC 71422/DF de 1995.

²³⁴ “De outro lado, inexistente qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais (RT 537/387 – RT 558/313 – RT 595/423 – RT 604/607 – RT 614/275 – RT 616/286-287). Na realidade, o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos, consoante ressalta a doutrina (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 303, 4ª ed., 1995, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, “Curso Completo de Processo Penal”, p. 174/175, item n. 8, 9ª ed., 1995, Saraiva, v.g.) e destaca o magistério jurisprudencial (RT 594/392 – RT 609/394 – RT 616/286)”.

²³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed., rev. e atual. até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas, 2000. P. 263, 289 e 305.

“devendo o juiz confiar nos depoimentos prestados quando não estão em desacordo evidente com os demais elementos dos autos”, não se podendo afastar o depoimento de qualquer pessoa por conta da sua profissão ou ocupação. Especificamente em relação aos policiais, Mirabete diz:

Já se tem argumentado, principalmente nos crimes referentes a tráfico de entorpecentes, que a condenação não se pode basear apenas no depoimento de policiais, que têm interesse em dizer legítimas e legais as providências tomadas por eles na fase do inquérito. Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios.²³⁶

Logo após discorrer sobre o valor probatório dos testemunhos dos policiais, Mirabete acrescenta que também é válido o depoimento da meretriz, pois “testemunhas não se escolhem, mas são as pessoas que sabem algo a respeito do fato”.

A ciência, como qualquer atividade humana, tem seus resultados influenciados pela perspectiva daqueles que a produzem. Com a dogmática, para além da questão de se o Direito seria uma ciência ou não, não é diferente. A observação sobre o testemunho da meretriz é apenas a ilustração da perspectiva de um determinado homem em um determinado tempo. Todavia, não está no escopo deste trabalho fazer um apanhado sobre a evolução doutrinária do tema da prova testemunhal. O que faço apenas é apontar que, por ocasião do voto do relator no STF- HC 73518, em 1996, já estava vigente a Constituição de 1988, com seus princípios e direitos que coadunam com a perspectiva de uma epistemologia garantista.

Além disso, levando em conta apenas as referências bibliográficas utilizadas neste trabalho, constatamos que, na década seguinte, em 2007, era publicada a obra de Badaró que atestava que, embora os policiais não pudessem ser considerados suspeitos pelo simples fato de serem policiais, seria inegável o seu interesse na demonstração da legalidade de sua atuação, de forma que seus testemunhos só poderiam possuir valor relativo, devendo ser considerados apenas se estivessem de acordo com o restante do conjunto probatório, não sendo possível a sentença condenatória com base exclusiva no depoimento de policiais, mesmo que coesos.²³⁷

Por mais que eu aprecie o trabalho de Badaró, que faz parte do meu marco teórico, é improvável que ele tenha sido o primeiro jurista brasileiro a colocar em questão o valor

²³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed., rev. e atual. até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas, 2000. P. 307.

²³⁷ BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. A primeira edição desta obra, à qual não tive acesso, é de 2007.

probatório desses depoimentos, e que nenhuma outra discussão sobre o tema tenha ocorrido na década anterior. Todavia, ainda que fosse esse o caso, chama a atenção o fato de que, conforme a doutrina se reposiciona em relação aos depoimentos dos policiais, sobretudo por conta das contribuições da psicologia, da epistemologia e da antropologia, a dogmática permaneça não sendo utilizada pelos tribunais superiores em suas fundamentações. Essa afirmação se torna mais pertinente em relação ao STJ, visto que as decisões da amostra analisada neste trabalho vão apenas até 2001 no caso do STF, mas seguem até 2018 no Superior Tribunal de Justiça.

Vera Regina de Andrade, ao tratar da promessa de controle da violência pela Dogmática Penal especificamente, afirma que tal promessa não se concretiza, com a dogmática sendo capturada e coparticipando da violência do controle penal, com sua vocação pautadora humanista sendo colonizada e submersa por sua vocação técnica e legitimadora, concorrendo para uma racionalização da seletividade decisória, ao invés de contribuir para uma racionalização decisória. Dessa forma, a deslegitimação do sistema teria como consequência a deslegitimação da própria dogmática. O futuro da Dogmática deveria ser pensado então a partir de uma transformação da sua relação funcional com o sistema penal, aproximando-se do conhecimento da realidade social, buscando o diálogo interdisciplinar, a autocrítica e a problematização das suas próprias premissas. Haveria assim um deslocamento de um garantismo abstrato para um garantismo crítico e criminologicamente fundado.²³⁸

Todavia, ao que indicam os dados obtidos nesta pesquisa, se a dogmática opera esse deslocamento proposto por Andrade, é o judiciário que se afasta dela, deixando de utilizá-la na construção de suas decisões, pois ela não mais serve ao propósito de legitimar o sistema.²³⁹

Voltando à questão do uso da jurisprudência na fundamentação, embora tenham atendido melhor à exigência de fundamentação do que outras decisões da amostra que incorreram em motivação *per relationem*, tanto, o STF-HC 76557/RJ de 2001 quanto o STF-HC 73518 de 1996 não se tornaram precedentes na forma da tradição do *common law*, mas foram apenas mais uma dentre muitas outras decisões citadas posteriormente pelo STF e pelo STJ de maneira desassociada do contexto fático original, na tradição do *civil law*.

²³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. P. 311 a 319.

²³⁹ Sobre a resistência à utilização de uma dogmática construída com base nas contribuições de outras ciências, interessante retomar a nota de rodapé 188, sobre o STF-HC 76557/RJ, DJ 02/02/2001: Registramos, apenas a título de curiosidade para os estudiosos da prova testemunhal, que o Procurador também incluiu em seu parecer que “O insuperável Ministro Nelson Hungria já ressaltava que para apreciar o valor de testemunho ainda continuamos a contar somente com o bom senso e a perspicácia comum, com a experiência banal do juiz, sempre superior ao profuso mas precário experimentalismo erudito dos psicólogos”.

Como é possível depreender das decisões expostas no capítulo 3, tanto a tradição do *civil law* no tocante ao uso da jurisprudência quanto o uso da motivação *per relationem* contribuíram para que o entendimento atual do STJ fosse construído com base em uma série de confusões – a confusão entre a admissibilidade e a eficácia probatória dos depoimentos; a confusão entre provas e indícios; a confusão entre a seara do direito administrativo e a do direito processual penal, com a citação de decisões que nem sempre tratavam da questão probatória propriamente dita. Contudo, algo fica visível por trás de todas essas confusões de ordem técnica.

Como fica claro ao seguirmos a trilha do STJ-HC 13506/RJ²⁴⁰, uma das origens do entendimento jurisprudencial da presunção de veracidade e consequente suficiência probatória dos testemunhos prestados por policiais é uma decisão que trata da possibilidade da participação de policiais como únicas testemunhas no auto de prisão em flagrante, para fins de determinação da legalidade da prisão em um *habeas corpus* que em nada questionava a produção probatória na instrução processual que ainda estava em curso.²⁴¹ Outra origem do entendimento envolve uma decisão que discute se o juiz pode ou não decidir que não houve flagrância para reconhecer a ilegalidade da prisão.²⁴²

Como já mencionado no capítulo 3, essas duas decisões parecem indicar que havia um esforço dos tribunais estaduais para evitar que a palavra dos policiais fosse questionada durante o período da ditadura militar, o que todavia só poderia ser confirmado em nova pesquisa que tivesse por objeto a jurisprudência desses tribunais. É possível, contudo, a partir dessas duas decisões, fazer algumas ponderações sobre a coerência e a integridade do conjunto da jurisprudência sobre o tema dos depoimentos de policiais.

Embora ambas as decisões tratassem da legalidade da prisão em flagrante, e não do valor probatório da prova testemunhal prestada por policiais, ambas envolvem o peso determinante que se dá à palavra dos policiais para fins de decidir sobre a privação da liberdade de alguém, convergindo com o entendimento atual do STJ, apesar de todas as transformações – e confusões – nos argumentos e no vocabulário ao longo de várias décadas. Não se trata, portanto, de uma coincidência da questão jurídica julgada nos processos, mas de uma coincidência da questão moral. Ao que tudo indica, escapando às regras jurídicas, essa última coincidência é que dá força normativa ao entendimento atual do STJ.

²⁴⁰ Capítulo 3.2.3.

²⁴¹ STF-RHC 56801-7/RJ, julgado em 16/02/1979. 1ª. Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto. Disponível na *Revista dos Tribunais* n. 537, p. 387-390.

²⁴² Citada diretamente sem referências pelo relator na apelação 17261 de 1985 do TJMG.

4.1 A força normativa da jurisprudência

Como já discutido nos capítulos 1 e 2, a atribuição de presunção de veracidade aos depoimentos prestados por policiais, seja durante o inquérito policial, seja em juízo, não condiz com a natureza jurídica desses depoimentos ou com a busca da verdade, no contexto de uma epistemologia garantista, comprometida tanto com a apreensão da realidade de forma o mais fidedigna possível quanto com os direitos fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Os depoimentos prestados em juízo, no âmbito do processo penal, possuem natureza jurídica de prova testemunhal e não de ato administrativo, possuindo valor probatório relativo. Já os prestados na fase policial constituem elementos de informação e não provas, não obstante possam ser utilizados pelo julgador na formação da sua decisão, desde que essa decisão não se ampare exclusivamente neles – é o que diz o artigo 155 do CPP. Em qualquer um dos casos, os depoimentos prestados por policiais, dentro do processo penal, não deveriam gozar de presunção relativa de veracidade e legitimidade, ao contrário do que ocorre no âmbito administrativo.²⁴³

Além de não condizer com a natureza jurídica dos depoimentos, essa atribuição de veracidade gera uma sobrevalorização epistêmica, pois desconsidera que os policiais que participaram da investigação ou do flagrante ocupam uma posição de maior envolvimento em relação à produção do conhecimento no processo judicial do que uma testemunha civil, pois há um interesse direto no resultado do processo por parte dos policiais. Ademais, mesmo um terceiro imparcial, que não tenha interesse no resultado do processo, só pode relatar os fatos que presenciou a partir da sua própria subjetividade e de sua memória falível, o que torna a prova testemunhal em geral pouco confiável.²⁴⁴

²⁴³ Nesse sentido, conforme tratado no capítulo 2: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. / BORTOLON, Nicolás Bortolotti. Presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 3927, Teresina, 2 abr. 2014. / BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁴⁴ Nesse sentido, conforme tratado no capítulo 2: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. / BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. / JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. / RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018.

Todavia, a ideia de que a prova testemunhal prestada por policiais seria um instrumento de captura da realidade suficiente para embasar uma condenação, ainda que não corroborada por outras provas, permeia as decisões do STJ e do STF analisadas neste trabalho. Essa lógica encontra respaldo tanto na legislação, que afirma que qualquer pessoa pode servir como testemunha e que o inquérito policial pode ser considerado no processo para justificar a decisão do julgador, como na crença dos julgadores de que o tirocínio policial²⁴⁵ é infalível e de que os policiais, mais do que outras testemunhas, estariam naturalmente inclinados a dizer a verdade.

Durante a pesquisa realizada neste trabalho, analisei dados que indicam outro componente por trás da atribuição de presunção de veracidade aos depoimentos dos policiais e sua consequente suficiência probatória. Além da legislação e da crença dos julgadores, temos uma tradição de fundamentação das decisões de forma equivocada, para não dizer preguiçosa, em que trechos de jurisprudências desconectados do seu contexto original são utilizados pelos tribunais superiores do país para, ao longo de cinco décadas, formar um entendimento que em nada beneficiou a qualidade epistêmica das decisões produzidas sob sua influência.

Esse entendimento foi consolidado pelo STJ na tese segundo a qual “os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”²⁴⁶. No capítulo anterior, ao analisar retrospectivamente as decisões nos quais ele se baseou, constatei que muitas delas não cumpriam a exigência constitucional de motivação.

De acordo com o Código de Processo Penal, ao tratar da prisão preventiva em seu artigo 315, determina que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) V- limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”²⁴⁷.

Para Galvão, os dispositivos legais que regulam a motivação das decisões judiciais²⁴⁸ tem como objetivo exigir que, nos casos em que algum julgado anterior é utilizado como *ratio decidendi*, o magistrado aponte a congruência entre esse julgado e o caso concreto em análise posto a julgamento, seja o precedente vinculante ou não. Ou seja, o julgador deve indicar os

²⁴⁵JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

²⁴⁶ *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018.

²⁴⁷ Texto introduzido após o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19). Essas mesmas hipóteses de não fundamentação já constavam do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 489.

²⁴⁸ Artigo 315 do CPP e artigo 489 do CPC.

pontos convergentes entre a hipótese fática e questões jurídicas do precedente judicial e do caso concreto, justificando a utilização do precedente como razão de decidir.²⁴⁹

Contudo, como tratado no capítulo 1, na tradição do *civil law* na qual o Brasil está inserido é comum que os julgadores façam referência à jurisprudência sem conhecerem os fatos ou até mesmo o inteiro teor da decisão aplicada no caso anterior. O que ocorre, via de regra, é a subsunção dos fatos do caso atual a uma regra geral formulada a partir de decisões anteriores sem preocupação com a adequação da situação fática entre os diferentes casos. Muitas vezes os magistrados citam até mesmo trechos de outro julgado que sequer fazem parte da *ratio decidendi* da decisão invocada, e sim do *obiter dictum*.²⁵⁰

A mera citação de jurisprudência a título de exemplo ou como elemento de persuasão não constitui ausência de motivação, desde que o julgador demonstre na fundamentação da sua decisão as razões que o levaram a optar por uma ou outra hipótese em relação aos fatos em disputa. Todavia, quando não há essa demonstração, o uso de citações de jurisprudência para substituir a argumentação do julgador constitui motivação *per relationem*, uma modalidade de ausência de motivação de acordo com a doutrina.²⁵¹ Sendo a motivação das decisões judiciais uma garantia constitucional cuja finalidade envolve o controle da atividade jurisdicional, sua ausência ou insuficiência deve conduzir à nulidade do julgado.²⁵²

A análise da origem do entendimento do STJ demonstra que ele foi formado baseando-se em decisões que frequentemente fugiam à exigência de motivação, utilizando-se de uma combinação de argumentos insuficientemente desenvolvidos com citações de trechos desconexos de julgados anteriores. Muitas vezes, como apontado pela doutrina, os relatores sequer conheciam o inteiro teor das decisões que citavam, chegando a fazer referência direta ao ementário da *Revista dos Tribunais*. Tanto a motivação *per relationem* quanto a citação de decisões anteriores sem correlação das situações fáticas entre os casos produziram uma jurisprudência que, além de questionável na perspectiva das garantias constitucionais, não deixa claros os critérios utilizados no estabelecimento do entendimento atual do STJ. Tendo tudo isso em mente, poderia um entendimento como esse possuir qualquer força normativa?

²⁴⁹ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 86-89.

²⁵⁰ Nesse sentido, como tratado no capítulo 1: TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021. / PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015.

²⁵¹ Como tratado no capítulo 1: TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

²⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 38, 2002. P. 123-126.

Como lembra Galvão, enquanto a força de um precedente decorre de uma decisão unitária cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso concreto e cuja norma é aplicada a casos semelhantes subsequentes, a força normativa da jurisprudência depende de uma pluralidade de decisões em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo.²⁵³ Esse conjunto de decisões expressa uma tendência do tribunal, cuja observância não seria obrigatória, ou seja, possuiria apenas força persuasiva. Já um precedente pode possuir tanto força persuasiva quanto vinculante, a depender do que determina o ordenamento jurídico.

No Brasil, o próprio Código de Processo Civil falha em distinguir precedentes e jurisprudência, tratando a “jurisprudência dominante” e a “jurisprudência pacificada” como precedente²⁵⁴. Além disso, como já mencionado anteriormente no capítulo 1, no CPC, o rol que estabelece quais seriam os precedentes obrigatórios não é taxativo, mas exemplificativo, e poderia incluir os acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores quando não houver posicionamento do plenário ou do órgão especial sobre o tema.²⁵⁵ Contribui também para a possibilidade de que a “jurisprudência dominante” seja tratada com *status* de precedente vinculante o fato de os regimentos internos do STF²⁵⁶ e do STJ²⁵⁷ permitirem o julgamento

²⁵³ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 49.

²⁵⁴ Código de Processo Civil, artigos 926 e 927.

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” (Grifos meus).

²⁵⁵ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. São Paulo: Ed. RT, Out/2015. P. 331-335.

²⁵⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 21, §1º.

²⁵⁷ Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, artigo 34, inciso XVIII, alíneas b e c.

monocrático de recursos pelo relator quando a decisão recorrida estiver em desacordo com a “jurisprudência dominante” sobre o tema – ainda que essa previsão não conste no CPC.

Se não se atribui força vinculante à jurisprudência dominante, permanece a possibilidade de sua força persuasiva. Ao tratar especificamente dos precedentes judiciais, Galvão aponta que a força persuasiva está ligada à capacidade argumentativa de uma decisão, sem autoridade vinculativa formal, de modo que os juízes não estão obrigados a seguir o precedente, podendo fazê-lo por respeito às autoridades que o proferiram ou à segurança jurídica, ou se estiverem convencidos da sua correição.²⁵⁸ O mesmo é possível dizer da jurisprudência, contudo, quando a referência a julgados anteriores se dá como constatado na amostra analisada neste trabalho – sem conhecimento do inteiro teor da decisão, da *ratio decidendi* e sem correlação entre as situações fáticas – a capacidade argumentativa das decisões citadas fica comprometida, e conseqüentemente, sua eficácia persuasiva.

A questão do respeito à autoridade que proferiu a decisão também é problemática, uma vez que a pesquisa constatou que a jurisprudência atual do STJ teve origem nas decisões de tribunais estaduais. Nesse caso, como a primeira decisão foi emitida por um órgão inferior na hierarquia judiciária em relação ao julgador do caso sucessivo, a força persuasiva não pode estar fundada na autoridade do órgão que emitiu a primeira decisão.

Na prática, e de forma muito diferente com o que ocorre no caso dos precedentes, o que pesa para a eficácia persuasiva da jurisprudência analisada neste trabalho é a quantidade de decisões que se repetem no mesmo sentido. Nesse caso, décadas de aplicação do mesmo entendimento tanto traduzem a força persuasiva existente quanto contribuem para o reforço e manutenção dessa força. Se há incoerência na formação do entendimento, ou se sua construção só foi possível graças à degeneração de outro entendimento que nada tinha a ver com o tema, tanto essa incoerência quanto essa degeneração tendem a ficar perdidas no passado, ocultas pela própria forma de aplicação da jurisprudência no *civil law*.

4.2 Afinal, os julgados do STJ demonstram se há controle das decisões dos tribunais *a quo*?

²⁵⁸ GALVÃO, Danyelle. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. P. 65-66.

Esta pesquisa desenvolveu-se em torno da hipótese de que o entendimento dos tribunais superiores – sobretudo do STJ²⁵⁹ – a respeito da prova testemunhal prestada por policiais serviria como parâmetro de controle da admissibilidade e da valoração da prova testemunhal pelos tribunais de primeira e segunda instância, com possível força de precedente. No que diz respeito à admissibilidade, o entendimento dos tribunais superiores fornece um parâmetro de controle ao determinar que, assim como previsto em lei, os policiais podem ser testemunhas. No tocante à valoração, o mesmo entendimento fornece um parâmetro de controle ao atestar que são um meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório. Essa atribuição de suficiência probatória funciona também como materialização de um *standard* probatório, ou seja, além de um método de valoração, o entendimento expressa uma regra de decisão ao estabelecer que os testemunhos prestados por policiais são suficientes para garantir uma condenação.

Como já dito no capítulo 1, estabelecer critérios claros sobre como deve ser valorada a prova, bem como sobre qual *standard* probatório deve ser adotado, é fundamental para reduzir a subjetividade que perpassa o processo decisório ao mínimo e evitar arbitrariedades, vinculando o julgador a um parâmetro racional e verificável ao motivar suas decisões, permitindo o controle intersubjetivo das mesmas. Contudo, embora sirvam ao propósito de controle das decisões, nem o método de valoração nem a regra de decisão expressas na jurisprudência analisada neste trabalho podem ser considerados racionais. Isso porque ambos se baseiam em ideias contestadas pela ciência e pela epistemologia, como a de que os policiais sempre dizem a verdade ou de que sua memória corresponde aos fatos. Além disso, a atribuição combinada de suficiência probatória e presunção de veracidade aos testemunhos prestados por policiais termina por violar tanto a presunção da inocência quanto as regras de carga probatória, invertendo o ônus da prova. Assim, temos um entendimento que não se presta nem à busca da verdade nem à garantia dos direitos fundamentais, escapando totalmente da perspectiva de uma epistemologia garantista.

A jurisprudência consolidada do STJ serve, portanto, ao controle das decisões que tratam dos depoimentos de policiais, mas esse controle está baseado em parâmetros não racionais – e que violam a Constituição. A controlabilidade das decisões judiciais se justifica na medida da sua capacidade de impedir arbitrariedades e garantir decisões justas. Todavia,

²⁵⁹ “Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa” - *Jurisprudência em Teses* – Edição n. 105, publicado em 08 de junho de 2018.

quando essa controlabilidade passa a servir à manutenção de decisões injustas e arbitrárias, seu propósito encontra-se subvertido.

Para além da irracionalidade e da inconstitucionalidade das premissas nas quais se funda o entendimento atual do STJ sobre os testemunhos policiais, há também irracionalidade e inconstitucionalidade no histórico de formação desse entendimento, como demonstrado no tópico anterior. Ou seja, a forma como se dá o controle dessas decisões pelo STJ não se sustenta sob nenhuma ótica. Ainda assim, o entendimento segue em vigor e sendo reproduzido, e tudo indica que assim permanecerá por muito tempo, ao menos que outro paradigma social ou tecnológico se instale.

Nessa perspectiva, é provável que a ampliação do uso de câmeras por policiais modifique a relevância de seus depoimentos nos processos judiciais, uma vez que os julgadores terão necessariamente outras provas nas quais amparar sua decisão. Todavia, enquanto já há dados sobre a redução de mortes provocadas por policiais graças ao uso de câmeras nas abordagens²⁶⁰, nada garante que esse uso da tecnologia terá um impacto igualmente benéfico sobre a racionalidade ou sobre a perícia dos juízes ao fundamentar suas decisões.

Não está no escopo deste trabalho analisar de maneira aprofundada as razões pelas quais os julgadores decidem como decidem, mas cabem aqui algumas considerações pontuais sobre o assunto.

Em sua pesquisa, Maria Gorete Marques de Jesus retrata a crença dos julgadores e promotores no saber policial. Há tanto uma percepção de que o policial tem o conhecimento dos fatos porque participou diretamente deles, quanto de que o policial não mentiria sobre os fatos a menos que possuísse interesse pessoal na causa. Além disso, há a ideia de que ao réu sempre interessa mentir, pois necessariamente culpado. Assim, dar crédito às palavras do réu em detrimento das palavras dos policiais, cuja função seria proteger a sociedade, seria uma inversão de valores que deixaria em descrédito a própria Justiça. Outros pontos relevantes retratados por Jesus são a associação entre criminalidade e perfil socioeconômico feita pelos magistrados, a crença no papel que os julgadores acreditam ter na defesa da sociedade, bem como a crença no encarceramento como solução para o problema da criminalidade. A crença, todavia, é um obstáculo cognitivo, pois dispensa a necessidade de conhecer.²⁶¹

²⁶⁰ De acordo com dados divulgados pelo jornal Folha de S. Paulo, no segundo semestre de 2021, o número de mortes em confrontos policiais caiu 85% nos batalhões da Polícia Militar do Estado de São Paulo que passaram a usar câmeras acopladas aos uniformes.

²⁶¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Nesse sentido, em uma abordagem epistêmica da prova testemunhal, Vitor de Paula Ramos distingue duas correntes de pensamento no que concerne à crença de que alguém estaria mentindo ou falando a verdade – o presuntivismo e o reducionismo. O presuntivismo é uma corrente de pensamento que considera que o ser humano estaria naturalmente inclinado a dizer a verdade, ao mesmo tempo em que tenderia a crer na veracidade do que lhe é dito. Segundo essa linha de pensamento, deve-se crer na veracidade de um testemunho até prova em contrário. Já o não presuntivismo (reducionismo) impõe que, além de não existirem razões negativas a invalidar o testemunho, é preciso também que existam razões positivas para que o mesmo possa ser considerado verídico. Para Ramos, o direito seria beneficiado em relação à qualidade epistêmica da prova testemunhal ao adotar uma postura não presuntivista e uma versão objetiva do testemunho, mais focada no testemunho em si do que na pessoa que fornece o testemunho.²⁶²

Todavia, ao que tudo indica, os julgadores adotam uma postura ou outra exatamente em função da pessoa que fornece o testemunho. Em se tratando dos policiais, a postura presuntivista prevalece, com seus testemunhos sendo recepcionados com *status* de verdade. Já quando o depoimento vem dos acusados, adota-se o não presuntivismo, ou seja, tais depoimentos só serão considerados verídicos se amparados em outras provas. Todavia, se os depoimentos dos policiais são recepcionados como verdade, o do acusado só pode ser inverídico. Por conta disso, a adoção de perspectivas epistemológicas em função da pessoa que depõe termina por gerar uma presunção de inveracidade em relação à palavra do acusado.

Partindo dessas duas crenças, de que os policiais sempre dizem a verdade e que os acusados sempre mentem quando denunciam violências e abusos ou quando se declaram inocentes, desfaz-se a necessidade de conhecer os fatos em questão. A condenação dos acusados torna-se uma consequência inevitável, cabendo aos julgadores redigir a fundamentação de suas decisões de forma que elas se sustentem juridicamente. Ou seja, os motivos não antecedem a decisão, mas lhe são posteriores. Assim, a confusão entre institutos do direito administrativo e do direito processual penal, como a presunção de veracidade, ou entre conceitos como admissibilidade e eficácia probatória, não seria o que causa a recepção dos depoimentos policiais com *status* de verdade, mas tão somente uma ferramenta utilizada para este fim.

Em 1940, o sociólogo C. Wright Mills já apontava o óbvio: as razões que os seres humanos utilizam para justificar suas ações – seja para si mesmos ou para outras pessoas – não são desprovidas de suas próprias razões. Uma motivação adequada é aquela que satisfaz os

²⁶² RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018, p. 75-81.

questionadores hipotéticos de uma ação, respondendo a uma pergunta que não precisa ser feita exatamente porque é de conhecimento dos atores envolvidos. A resposta a essa pergunta pode delimitar, total ou parcialmente, a conduta de um indivíduo, incluindo as razões que ele dá para justificar suas decisões. Por sua vez, a linguagem envolvida nessa justificativa envolve o uso de um vocabulário de motivos associado à norma com a qual os atores da situação concordam, evitando assim conflitos. Esse é um vocabulário que apresenta um potencial de legitimação, fortalecendo a aceitação das justificativas para uma determinada conduta.²⁶³

Voltando às decisões analisadas nesta pesquisa, o uso de termos como “idôneo”, dentre outros que se repetem decisão após decisão, condiz com a existência de um vocabulário de motivos considerados aceitáveis pelos julgadores, motivos pelos quais eles guiam suas decisões e pelos quais são julgados por seus pares. A constatação da existência desse vocabulário pode não nos levar a conhecer as razões por detrás das razões²⁶⁴, mas nos levam a uma conclusão inevitável: os juízes escolherão os termos e a jurisprudência que melhor atender aos seus motivos.

²⁶³ MILLS, C. Wright. Situated Actions and Vocabularies of Motive. *American Sociological Review*, vol. 5, no. 6, 1940, pp. 904–913.

²⁶⁴ Para um trabalho que discute as razões por trás das razões, ver SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho pretendi esclarecer como se dá a controlabilidade da valoração da prova testemunhal prestada por policiais no Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a grande quantidade de casos de condenação amparadas exclusivamente nesses depoimentos constatada em pesquisa anterior sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia. Partindo de uma perspectiva garantista, busquei primeiro definir os conceitos-chaves a serem utilizados para a posterior compreensão e análise dos dados selecionados entre a jurisprudência.

Nesse sentido, no primeiro capítulo adotei a perspectiva segundo a qual a legitimidade do Estado Democrático de Direito depende de que a atuação estatal seja regida por princípios capazes de garantir os direitos fundamentais, não podendo ser diferente no caso do Direito Penal. Esses princípios estão materializados na Constituição, limitando e vinculando o poder estatal como meio para efetivar os direitos e garantias ali propostos – dentre eles, o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, o princípio do estado ou presunção de inocência, o princípio da jurisdição, o princípio do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à prova e a atribuição do ônus probatório à acusação.

Todos esses princípios e regras seriam uma condição necessária, porém não suficiente para a legitimidade da punição estatal, pois há outras variáveis em questão. Uma decisão justa não pode prescindir da verdade, devendo levar em conta também a exigência de uma correta atividade epistêmica, no tocante ao conhecimento dos fatos, bem como uma adequada atividade hermenêutica que resulte na correta aplicação da lei ao caso concreto. A responsabilidade judicial deve então ser condicionada tanto por regras jurídicas quanto epistemológicas, cabendo ao julgador buscar se aproximar da verdade ao mesmo tempo em que se atém aos direitos fundamentais, pois a verdade não é um fim a ser buscado a qualquer preço.

Nessa perspectiva de uma epistemologia garantista, proposta pela doutrina, a admissibilidade e o valor probante atribuído a uma prova ficam condicionados tanto pelo compromisso com a verdade quanto com os direitos e garantias previstos na Constituição. A legislação brasileira, no entanto, não define de que forma deve se desenvolver a valoração da prova, adotando o sistema do livre convencimento motivado. Assim, o julgador pode atribuir às provas o valor que entender que elas mereçam, possuindo, todavia, o dever de fundamentar sua decisão. Essa obrigatoriedade de justificação tem como propósito permitir o controle da racionalidade da decisão, a fim de evitar decisões arbitrárias, e está prevista na Constituição Federal.

No silêncio da legislação quanto à forma adequada de se valorar as provas, caberia à epistemologia fornecer um método adequado de valoração racional da prova a fim de garantir tanto um melhor conhecimento da verdade quanto permitir um controle intersubjetivo das decisões, reduzindo a subjetividade que perpassa o processo decisório ao mínimo. Ao mesmo propósito serve o estabelecimento de um *standard* probatório, que é o grau de suficiência probatório exigido para uma condenação. O *standard* deve ser capaz de estabelecer qual é o grau de justificação suficiente para aceitar uma hipótese como verdadeira, bem como definir critérios objetivos que indiquem se esse grau de justificação foi alcançado, servindo como guia para o juiz em relação à sua decisão sobre as provas, bem como servindo ao posterior controle objetivo dessa mesma decisão, de forma que uma pessoa distinta do julgador possa compreender sua motivação.

A exigência constitucional de motivação das decisões é, portanto, um direito fundamental que, ao permitir o conhecimento das razões de decidir às partes, garante não só o controle sobre o respeito a outros direitos fundamentais, mas também um controle epistêmico da decisão. Daí decorre a garantia ao duplo grau de jurisdição, o direito ao recurso, que possibilita um reexame da valoração da prova exercida pelo primeiro julgador.

Por envolver garantias atreladas a direitos fundamentais, a ausência ou insuficiência de motivação numa decisão judicial deve conduzir à nulidade do julgado. Tendo isso em vista, entendi ser necessário definir, ainda no capítulo 1, o que seria ausência ou insuficiência de motivação. No contexto da prova testemunhal prestada por policiais, é comum que os julgadores façam referência à jurisprudência em suas decisões, como observado na amostra analisada. Por isso foi fundamental entender em que medida essas referências à jurisprudência atendem à garantia das motivações judiciais.

Nos casos em que se faz remissão a jurisprudência sobre a matéria de que trata a argumentação, não há vício ou ausência de motivação no julgado desde que o julgador, na exposição de suas razões de decidir, tenha examinado e utilizado argumentos próprios para fundamentar sua decisão, valendo-se da invocação da jurisprudência apenas como *obiter dictum*. Se para compreender as razões da decisão for necessário levar em conta também outros pronunciamentos aos quais aquele julgado se refere, como outros julgados, pareceres do Ministério Público ou a própria decisão impugnada, trata-se de motivação *per relationem*, o que configura ausência de motivação. A impossibilidade de usar a simples referência à jurisprudência como motivação dá-se devido ao fato de essa referência não permitir a análise da adequação do julgado invocado ao caso concreto, visto que não há como se confirmar se os fatos em ambos os casos são equivalentes. Todavia, nos países que adotam o sistema de *civil*

law, como é o caso do Brasil, é comum que a referência à jurisprudência seja feita sem que se conheça os fatos ou até mesmo o inteiro teor da decisão aplicada no caso anterior, de forma distinta ao que ocorre na tradição do *common law*, onde a aplicação de um precedente exige necessariamente que a *ratio decidendi* originária seja compatível com o novo caso.

Embora sejam frequentemente tratados como sinônimos, há uma distinção de caráter tanto qualitativo quanto quantitativo entre os termos precedente e jurisprudência. Enquanto o termo “precedente” faz referência, via de regra, a uma única decisão relativa a um caso particular, o termo “jurisprudência” costuma fazer referência a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos diferentes, tornando difícil estabelecer qual dessas decisões é realmente relevante, ou mesmo determinar quantas decisões são necessárias para compor uma jurisprudência sobre determinado tema. Além disso, a aplicação do precedente é fundada na análise dos fatos, com o julgador estabelecendo se existe ou não analogia entre os fatos do primeiro e os fatos do segundo caso para aplicar as razões de decidir de um ao outro. Já a aplicação da jurisprudência se funda na subsunção dos fatos do segundo caso a uma regra geral formulada a partir de decisões antecedentes, sem que sejam levados em consideração, via de regra, os fatos que foram objeto dessas decisões.

Outra distinção diz respeito à força normativa. A força de um precedente decorre de uma decisão unitária cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso concreto e cuja norma é aplicada a casos semelhantes subsequentes; já a força normativa da jurisprudência depende de uma pluralidade de decisões em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo. Esse conjunto de decisões expressa uma tendência do tribunal, cuja observância não seria obrigatória, ou seja, possuiria apenas força persuasiva. Já um precedente pode possuir tanto força persuasiva quanto vinculante, a depender do que determina o ordenamento jurídico.

Uma vez definidos esses conceitos-chave, no capítulo 2, passei a tratar especificamente do que dizem a doutrina, a legislação e a jurisprudência sobre a prova testemunhal prestada por policiais. Doutrina e jurisprudência concordam quanto à admissibilidade ou validade desses testemunhos, que encontram amparo na previsão do Código de Processo Penal de que toda e qualquer pessoa pode ser testemunha. A divergência entre doutrina e jurisprudência se dá no tocante à valoração desses depoimentos. Enquanto a doutrina defende majoritariamente que esses depoimentos devam ser valorados de forma relativa, como qualquer outra prova testemunhal, ou até mesmo com ressalvas, uma vez que os policiais possuem interesse no resultado do processo, a jurisprudência tende a atribuir-lhes presunção de veracidade e, conseqüentemente, uma eficácia probatória mais elevada do que a de outros tipos de prova testemunhal.

Essa atribuição de presunção de veracidade tem origem na ideia de que, por serem agentes públicos, os atos realizados pelos policiais gozam da presunção de legalidade e, conseqüentemente legitimidade e veracidade, inerente aos atos administrativos. Todavia, deve-se ter em mente que os depoimentos de policiais no âmbito do processo penal não constituem ato administrativo, mas prova em espécie como outra qualquer. Não gozam, portanto, de fé pública ou presunção de veracidade, mas possuem valor probatório relativo, cabendo sua valoração de acordo com o contexto probatório. Assim, não se tratando de ato administrativo no âmbito administrativo, mas de prova no âmbito do Direito Processual Penal, está afastada a presunção de veracidade dos testemunhos policiais.

Também é preciso levar em conta que o olhar do policial não é neutro ou descontextualizado, mas reproduz e reforça as desigualdades presentes na sociedade, de forma que suas narrativas não podem ser recepcionadas pelo processo penal com *status* de verdade. Sua memória, como a de qualquer outra testemunha, é falível, e sua atuação também é motivada por pressões e exigências político-institucionais, de forma que seu interesse no resultado do processo vai muito além de qualquer relação privada com o réu.

Contudo, como a apreciação da prova ocorre no espaço no livre convencimento motivado, sem parâmetros claros definidos, a atuação dos julgadores, seja na valoração das provas, seja na decisão sobre as provas, não necessariamente segue critérios racionais e passíveis de controle intersubjetivo.

Graças às disposições constitucionais sobre competência dos tribunais superiores, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar o recurso especial interposto contra decisão que contrarie as disposições relativas à produção probatória previstas no Código de Processo Penal. Já se a discussão perpassa garantias constitucionais, cabe ao STF decidir o assunto. Todavia, ambos os tribunais possuem entendimento sumulado vedando o reexame de provas em sede de recurso especial ou extraordinário. O mesmo acontece em relação ao *habeas corpus*, que não admite dilação probatória graças à sua cognição sumária e rito abreviado. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a possibilidade do controle dos critérios da valoração – ou a reavaliação das provas – em sede de recurso especial, recurso extraordinário e, também, no *habeas corpus*. Condenações que se amparam exclusivamente em depoimentos prestados por policiais, atribuindo-lhes presunção de idoneidade/veracidade ou corroborando-os com os depoimentos dos mesmos policiais prestados no inquérito policial, violam regras de carga probatória ou o artigo 155 do CPP, respectivamente – em ambos os casos, a reavaliação seria possível, sem adentrar o reexame de provas.

Ainda assim, a vedação ao reexame de provas tem sido utilizada para indeferir ou nem mesmo conhecer de recursos que tratem que questões legais acerca da prova, o que não necessariamente demandaria um reexame do conjunto probatório. É o que se conclui a partir da análise das decisões do STJ sobre o tema dos depoimentos policiais em 2019, em que 22 de 25 (80%) das decisões analisadas indeferem o recurso com base na vedação ao reexame de provas. Todavia, embora a maioria dos recursos seja improvido com base na vedação ao reexame de provas, o STJ não deixa de se manifestar nessas decisões quanto à validade/admissibilidade dos depoimentos dos policiais, bem como quanto à sua eficácia/suficiência probatória, gerando um entendimento consolidado a respeito do tema no *Jurisprudência em Teses*, publicação do próprio Tribunal.

Ao investigar a origem desse entendimento consolidado, segundo o qual “é válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”, terminei por analisar não só decisões antigas do STJ, mas também do STF e de tribunais estaduais, pois as decisões do STJ terminavam por citar julgados do STF, que por sua vez citavam julgados dos tribunais estaduais. Na amostra analisada, a decisão mais antiga sobre o tema no STJ é de 1999; no STF, de 1973; e nos tribunais estaduais, de 1971.

A análise retroativa dessas decisões demonstrou que o entendimento atual do STJ se formou a partir da fusão equivocada entre institutos e conceitos distintos: decisões que tratavam de admissibilidade foram citadas para defender a eficácia probatória dos depoimentos; decisões que tratavam de admissibilidade no APF foram citadas para defender a admissibilidade no processo; elementos de informação do inquérito policial foram tratados como prova; e a presunção de veracidade dos atos administrativos foi estendida à prova testemunhal penal prestada por policiais.

Além disso, muitas dessas decisões estavam insuficientemente motivadas, quando a motivação não estava totalmente ausente, limitando-se à citação de ementas de julgados anteriores, do acórdão recorrido ou do parecer do Ministério Público, sem nenhuma argumentação própria do relator. Nenhuma das decisões analisadas fez o devido cotejo analítico entre o caso anterior e o caso *sub judice*, demonstrando o uso de referência à jurisprudência conforme o que a doutrina identifica na tradição do *civil law*, com a subsunção dos fatos do caso atual a uma regra geral formulada a partir de decisões anteriores sem preocupação com a adequação da situação fática entre os diferentes casos. Há inclusive citações do ementário da

Revista dos Tribunais, o que deixa evidente, sem nenhuma sombra de dúvida, que o relator desconhecia os fatos do caso anterior.

Por fim, os dados analisados demonstram que tanto a tese de presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais quanto a de suficiência probatória desses depoimentos teve origem nos tribunais estaduais. Essas teses, que são a origem do entendimento atual do STJ, não foram recepcionadas por nenhum dos dois tribunais superiores a partir de uma ampla discussão do tema, mas sim em decisões parcamente fundamentadas, sem correlação fática entre o caso julgado e o caso anterior, e com base em julgados que não necessariamente tratavam da mesma questão jurídica.

Nada disso impediu que fosse atribuída força normativa ao entendimento atual do STJ, o que se expressa na sua aplicação contínua ao longo dos anos. Ainda que não possua *status* de precedente vinculante, o entendimento do STJ tem servido como parâmetro de controle da admissibilidade e da valoração da prova testemunhal, bem como da regra de decisão ao estabelecer que os testemunhos prestados por policiais são suficientes para garantir uma condenação. Ou seja, constitui a materialização de um *standard* probatório e serve ao propósito de controle das decisões. Contudo, como sua formação e conteúdo denunciam, trata-se da materialização de um *standard* de provas não racional, que não se presta nem à busca da verdade nem à garantia dos direitos fundamentais, escapando totalmente da perspectiva de uma epistemologia garantista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e anova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 4, n 1. Porto Alegre, jan-abr. 2018.
- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (Coords.), *Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de Motivação da Sentença Penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 38. P. 122-141. 2002.
- BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BORTOLON, Nicolás Bortolotti. Presunção de legitimidade dos atos administrativos no processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 3927, 2 abr. Teresina, 2014.
- CALDAS, Fernanda Furtado; PRADO, Alessandra R. M. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166/2020. P. 85-127. Abr/2020.
- CAPPI, Ricardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 1, n.1, p. 10-27. Jan 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. BRUNO, Francisco Galvão (trad.). Vol. 1. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e standards de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V.2. ed. 14. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13ª.ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DUCLERC, Elmir. *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

ELIAS, Norbert. *Envolvimento e alienação*. Editor alemão Michael Schröter; traduzido do inglês por Álvaro Sá. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2008

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER- BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução Vítor de Paula Ramos. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GALVÃO, Danyelle. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *'O que está no mundo não está nos autos': a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MATIDA, Janaina Roland. *Em defesa de um conceito jurídico de presunção*. Tese de doutorado (Direito). Orientador: Jordi Ferrer Beltrán. Co-orientador: Carmen Vázquez. Girona, 2018.

MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (org.). *Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. STEIN, Lilian. (Coord.), Série Pensando o Direito, n. 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed., rev. e atual. até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248. P. 331-335. São Paulo: Ed. RT, Out/2015.

PRADO, Geraldo. Verdad, certeza y duda: las cuestiones em torno de la cadena de custodia de las pruebas em el processo penal. In: PRADO, Geraldo; GRADOS, G. A.; MAYA, R. P.; PEDROZA, A. F. D.; LOPEZ, R. M.; BURGOS, E. A.; RIOS, M. P.; ROXIN, C.; HALLING, J.; ZULUAGA, J. *Perspectivas y retos del processo penal*. V. 1. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana UPB, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. Prova testemunhal. *Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tese de doutorado. Orientador na UFRGS: Daniel Mitidiero. Orientador UndG: Jordi Ferrer Beltrán. Porto Alegre e Girona, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

SOUSA, Luis Filipe Pires de. *O standard probatório no processo civil e no processo penal*. Tribunal da Relação de Lisboa. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); FERREIRA, William Santos (coord); JOBIM, Marco Félix (coord.). *Grandes temas do Novo CPC, V. 5: Direito probatório*. P. 107-114. Salvador: Juspodivm, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199, Set/2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

MILLS, C. Wright. Situated Actions and Vocabularies of Motive. *American Sociological Review*, vol. 5, no. 6, p. 904-913, 1940.

APÊNDICE: FIGURAS REUNIDAS

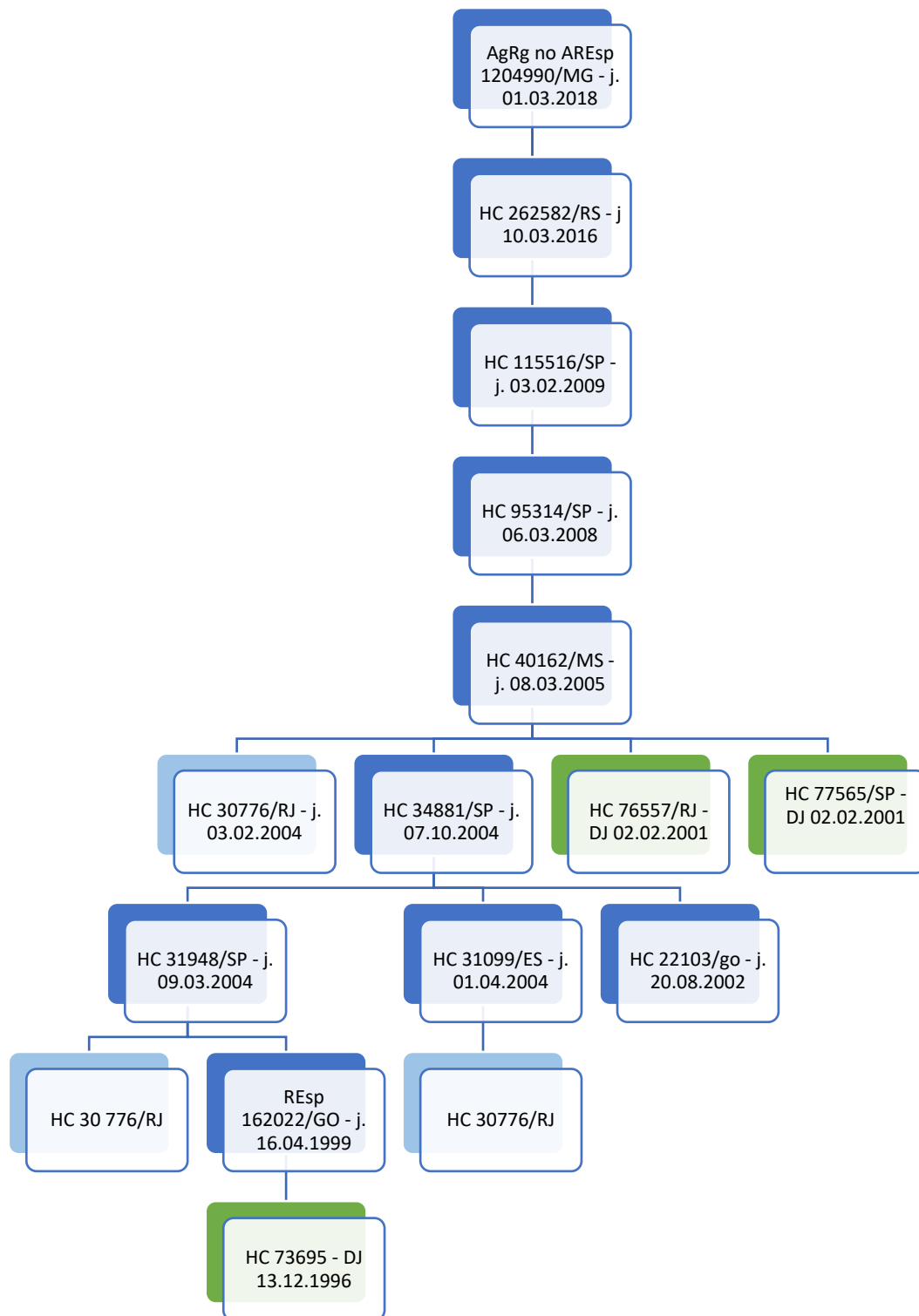


Figura 1: Decisões do STJ analisadas, citadas nos acórdãos a partir do AgRg no AREsp 1204990/MG, utilizado pelo Tribunal no Jurisprudência em Teses em 2018. Em azul, as decisões do STJ. As que são citadas mais de uma vez aparecem em azul claro. Em verde, as decisões do STF.

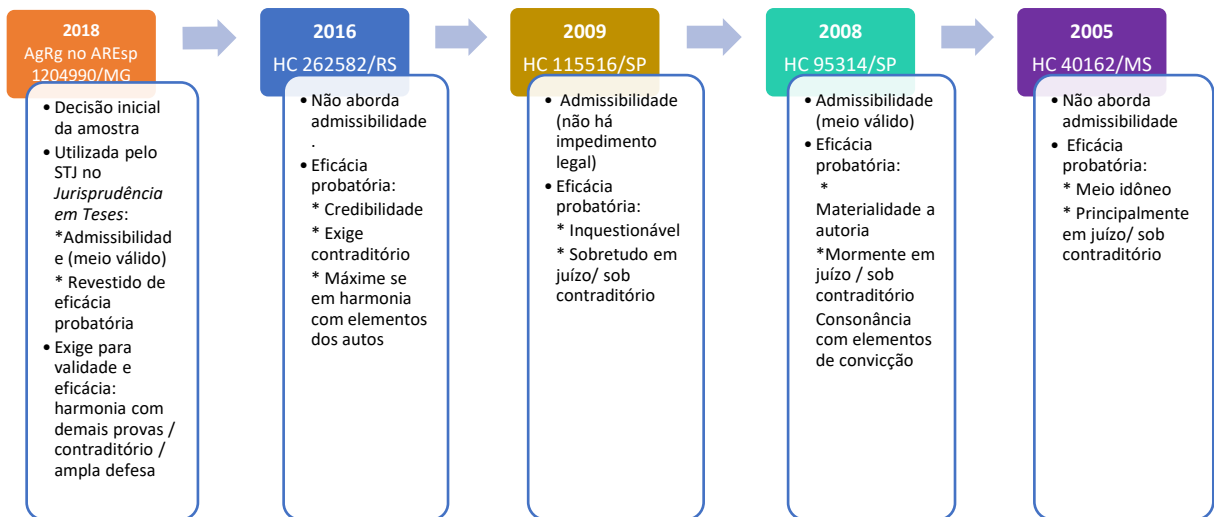


Figura 2: Principais entendimentos sobre testemunho prestado por policiais nos julgados citados a partir da decisão inicial da amostra até o STJ-HC 40162.

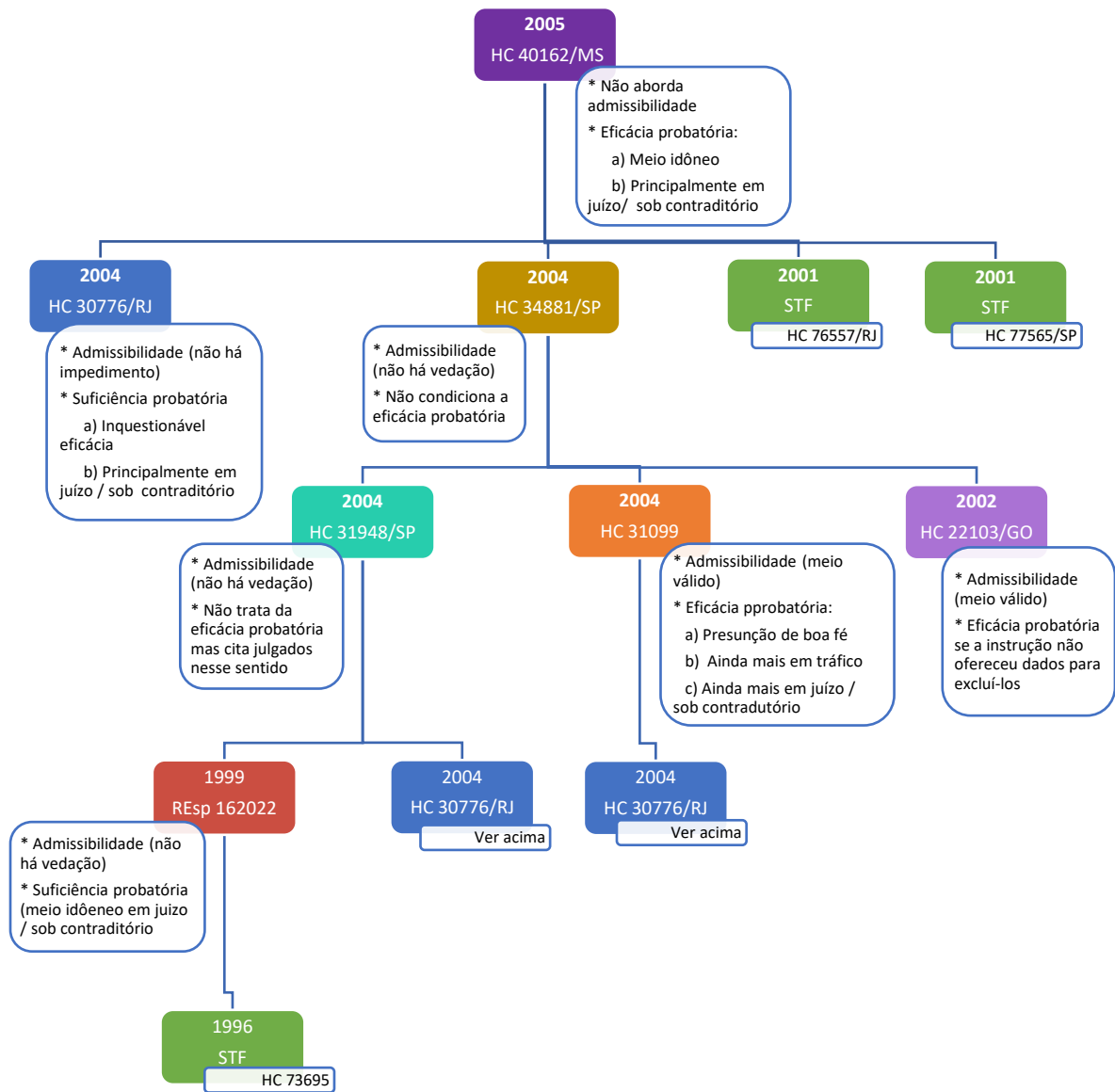


Figura 3: Principais entendimentos sobre testemunhos prestados por policiais nos julgados citados a partir do STJ-HC 40162.

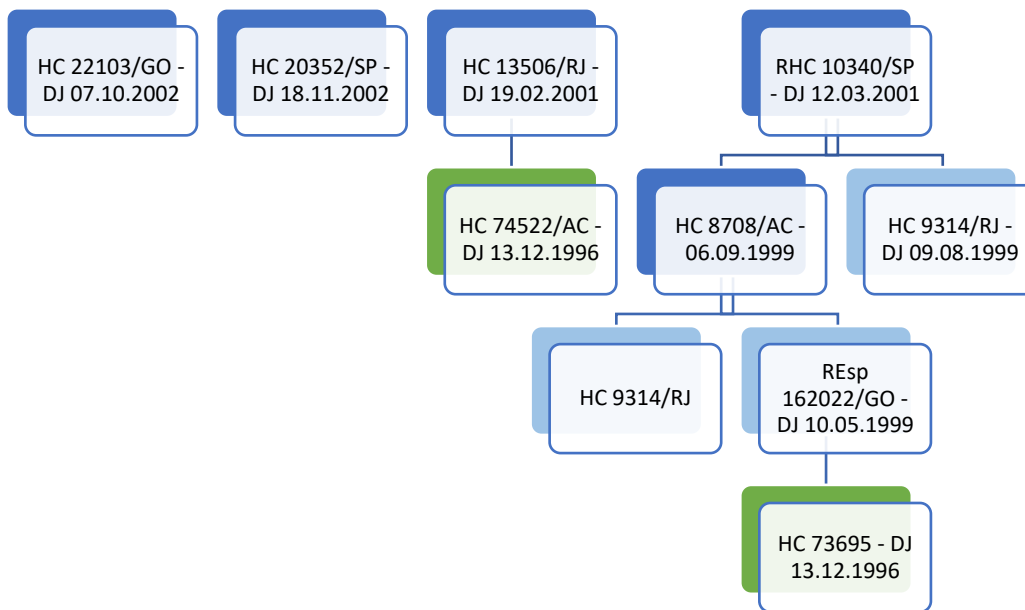


Figura 4: Decisões obtidas a partir da busca por “depoimento adj3 policial” + plurais + sinônimos, no site do STJ no período de 01/01/2001 a 31/12/2002 (publicações). Em azul, as decisões do STJ. As que são citadas mais de uma vez aparecem em azul claro. Em verde, as decisões do STF.

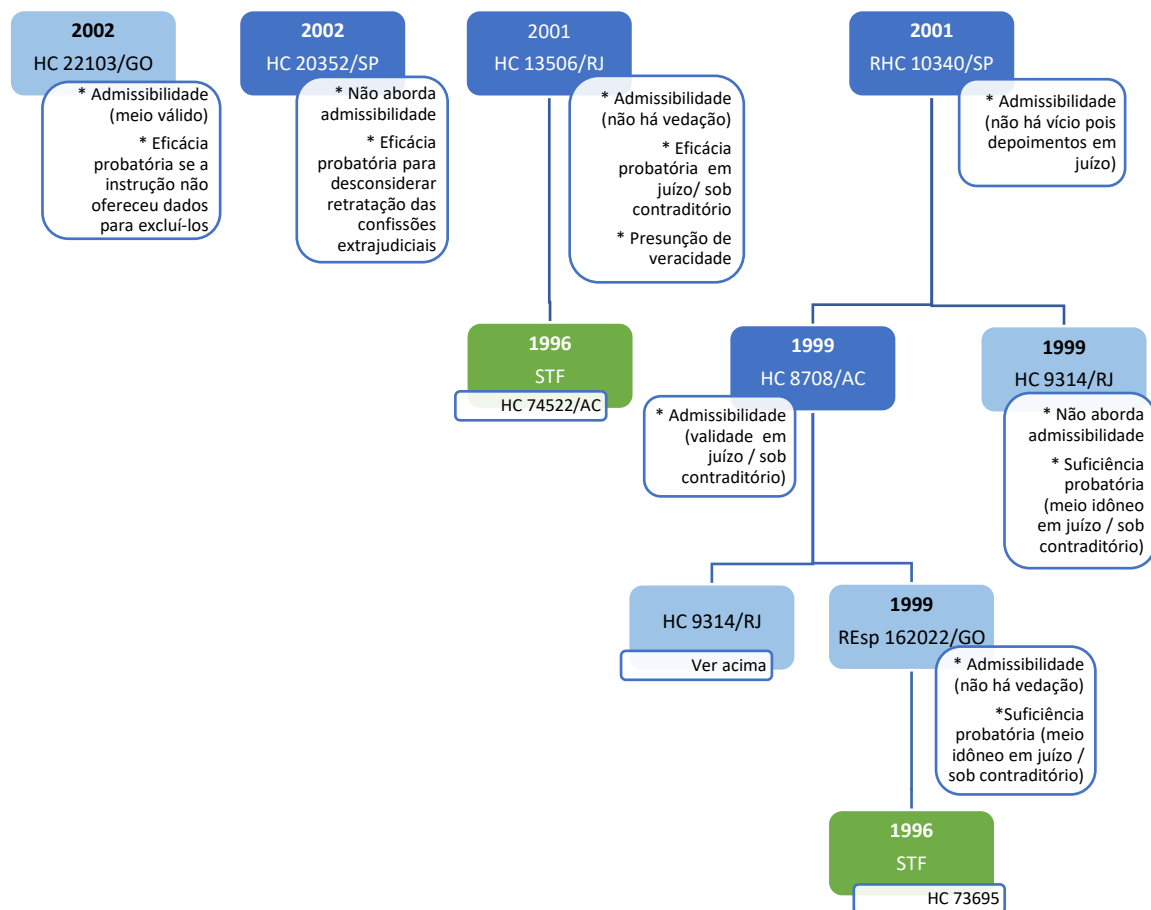


Figura 514: Principais entendimentos sobre testemunhos prestado por policiais nas decisões obtidas a partir da busca por “depoimento adj3 policial” + plurais + sinônimos, no site do STJ no período de 01/01/2001 a 31/12/2002 (publicações). Em azul, as decisões do STJ, sendo em azul claro as que aparecem mais de uma vez na amostra. Em verde, as decisões do STF.

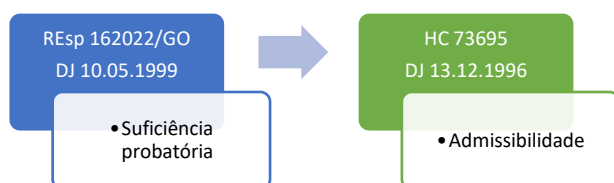


Figura 6: Trilha do STJ ao STF a partir do REsp 162022. Em azul, decisão do STJ; em verde, decisão do STF.

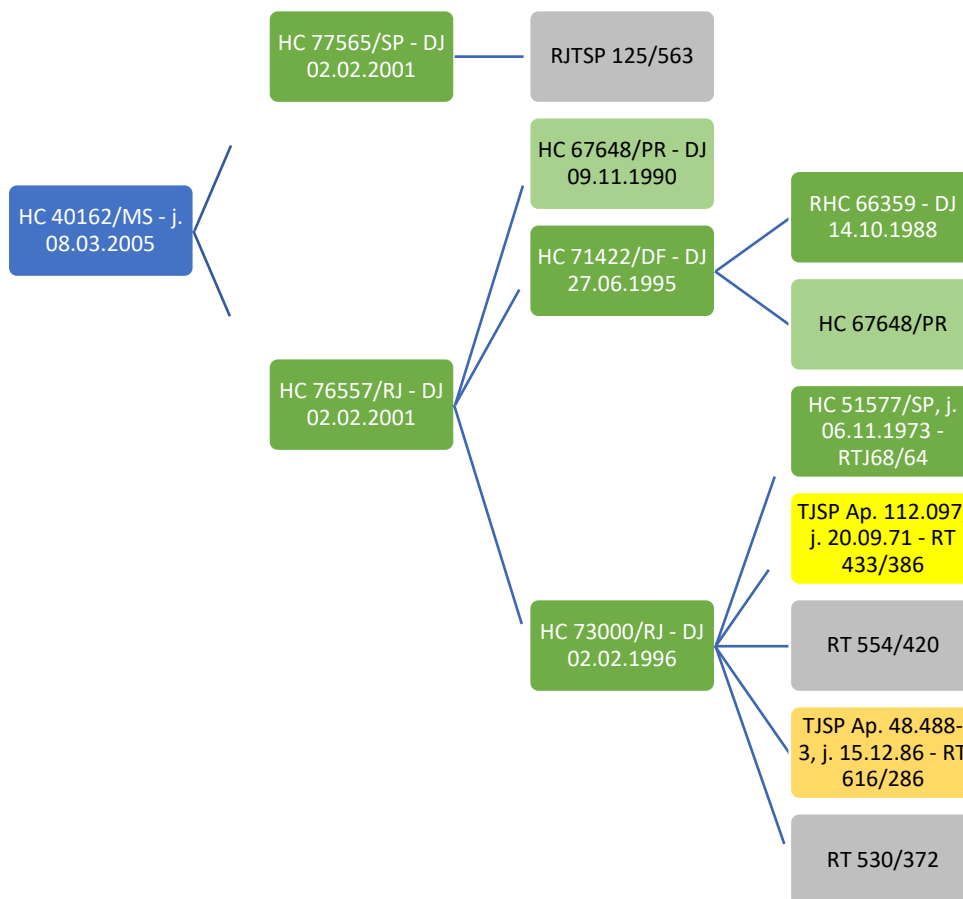


Figura 7: Trilha do STJ ao STF a partir do HC 40162. Em azul, decisão do STJ. Em verde, decisões do STF; sendo em verde claro as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em amarelo, as decisões dos tribunais estaduais; sendo em laranja as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza estão as decisões estaduais às quais não tive acesso.

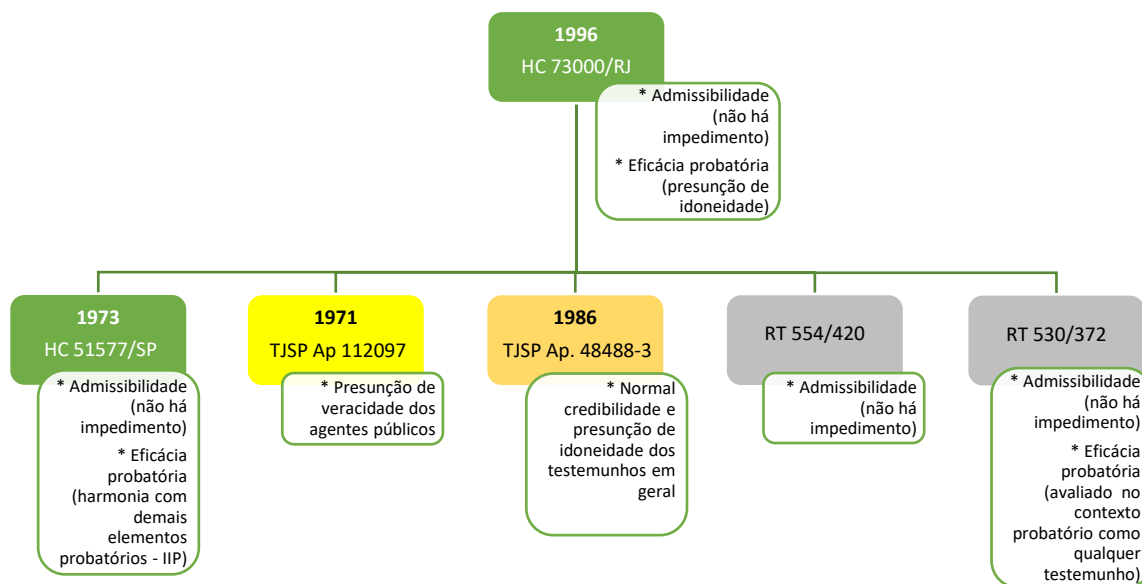


Figura 15: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 73000/RJ, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde, decisões do STF. Em amarelo, decisões dos tribunais estaduais, sendo em laranja as decisões estaduais que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza, as decisões estaduais às quais não tive acesso, sendo seus principais pontos levantados a partir das ementas citadas no HC 73000.

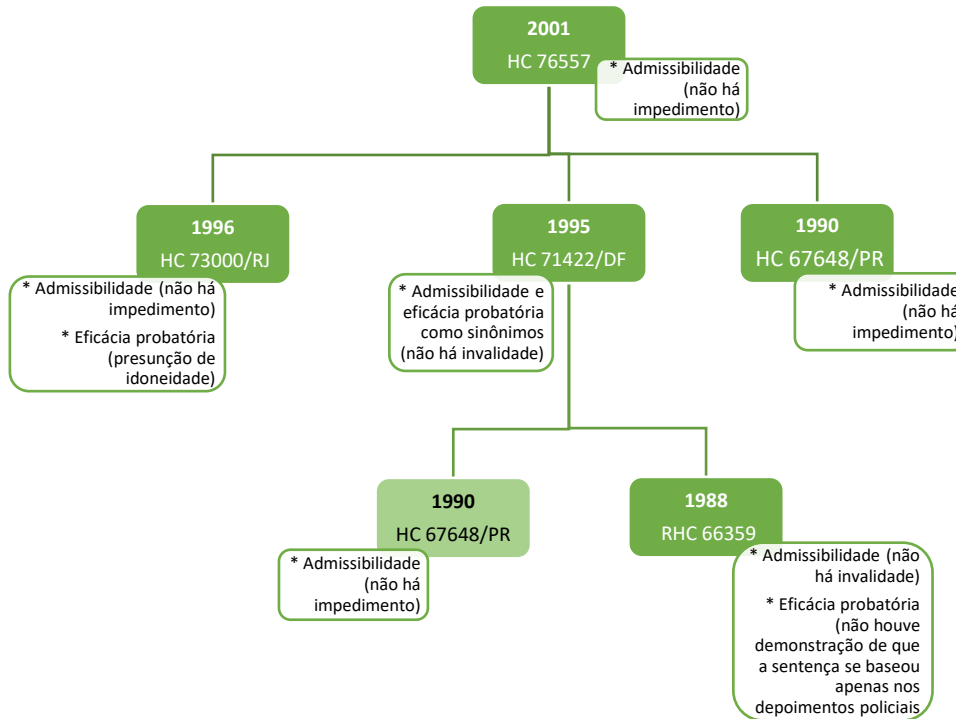


Figura 16: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 76557, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde claro, decisões que foram citadas mais de uma vez na amostra.

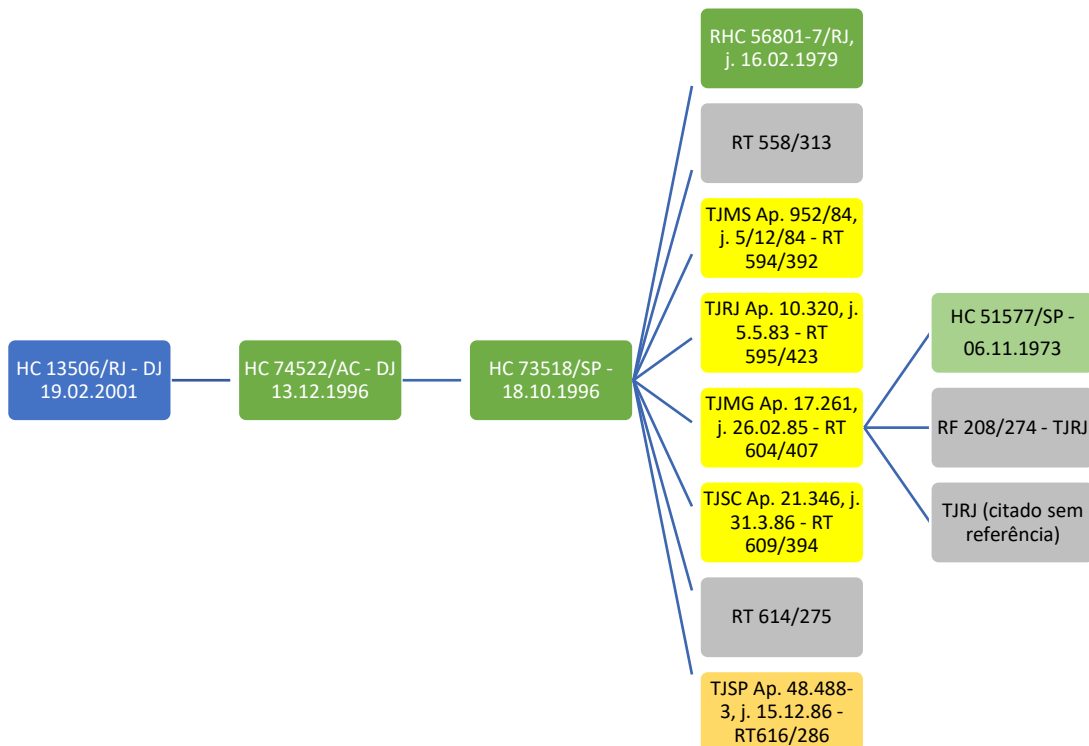


Figura 17: Trilha do STJ ao STF a partir do HC 13506. Em azul, decisão do STJ. Em verde, decisões do STF; sendo em verde claro as que aparecem mais de uma vez na amostra. Em amarela, as decisões dos tribunais estaduais; sendo em laranja as que foram citadas mais de uma vez na amostra. Em cinza estão as decisões estaduais às quais não tive acesso.

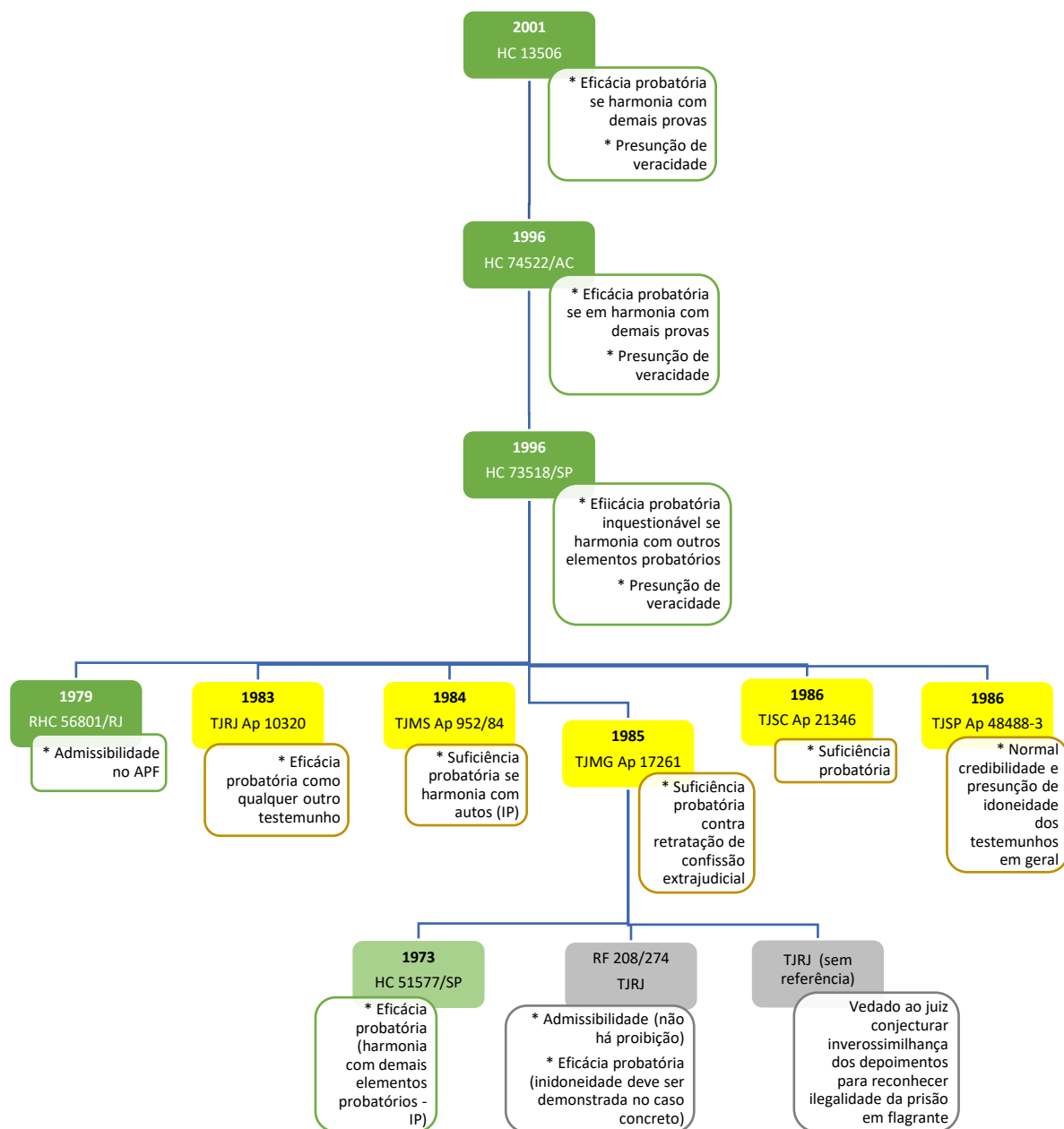


Figura 11: Principais entendimentos das decisões citadas no STF a partir do HC 13506, retrospectivamente, quanto aos testemunhos prestados por policiais. Em verde, decisões do STF, sendo em verde claro as decisões que aparecem mais de uma vez na amostra. Em amarelo, decisões dos tribunais estaduais. Em cinza, as decisões estaduais às quais não tive acesso ao inteiro teor, sendo seus principais pontos levantados a partir das ementas citadas no HC 13506.

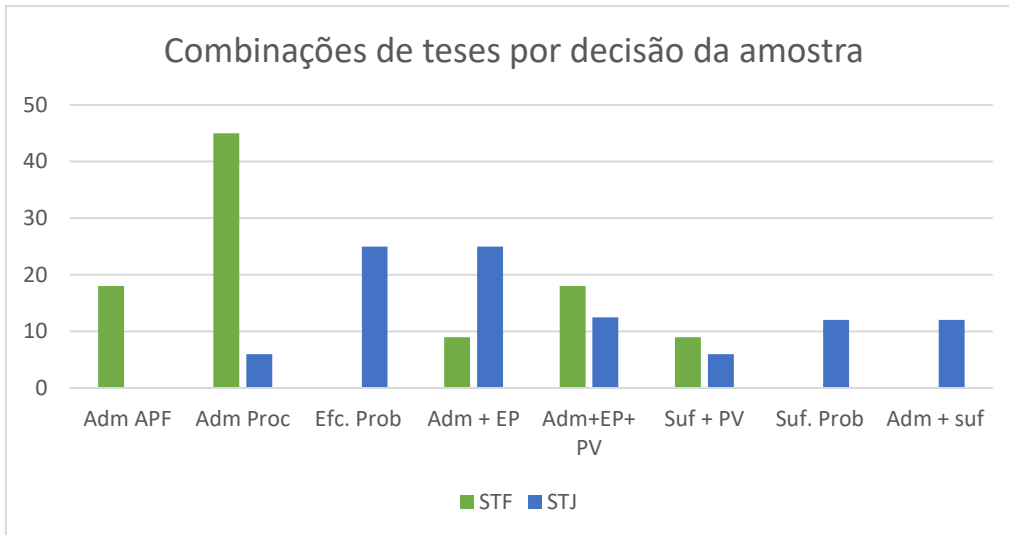


Figura 12: Adm APF = admissibilidade no APF; Adm Proc/Adm = admissibilidade no processo; Efc. Prob/ EP = eficácia probatória; PV = presunção de veracidade; Suf. Prob / suf = suficiência probatória.

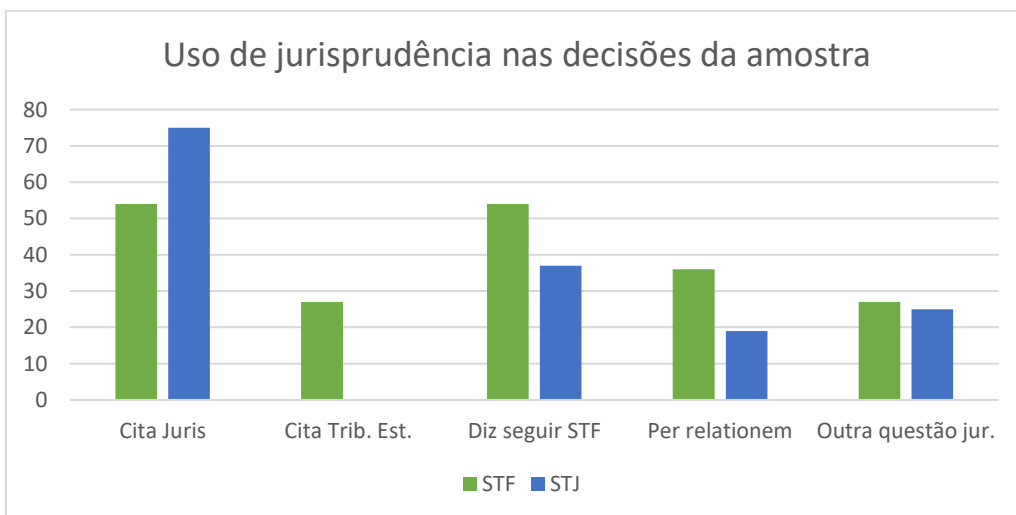


Figura 13